



Tribunal do Comércio de Lisboa

2.º Juízo

Av. D. João II, N.º 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax 211545180 Mail: lisboa.tecom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 262/10.5TYLSB

1746549

CONCLUSÃO - 29-11-2010

(Termo electrónico elaborado por Escrivão Auxiliar Paulo Gomes)

=CLS=

*

* *

* * *

No âmbito do processo PRC 2/07 a Autoridade da Concorrência (AdC) proferiu a 24 de Dezembro de 2009 decisão final na qual condena os arguidos, pessoas singulares e colectivas *infra* identificados, em diferentes coimas e outras sanções acessórias pela prática de uma contra-ordenação prevista pelo art. 4.º, n.º 1, da Lei 18/2003 de 11 de Junho (LdC). ---

No âmbito da referida decisão foram aplicadas coimas e outras sanções aos arguidos: ---

- "EUREST (Portugal) – SOCIEDADE EUROPEIA DE RESTAURANTES LDA" pessoa colectiva n.º 500347506 com sede na Praça de Alvalade, 6, 3.º, 4.º e 5.º, 1749-020 Lisboa: coima de € 5.207.746,61; ---

- "TRIVALOR – SOCIEDADE GESTORA DE PARTICIPAÇÕES SOCIAIS, S.A." pessoa colectiva n.º 502145820 com sede na Av. Infante Santo, n.º 21-A, Lisboa: coima de € 6.778.686,20; ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

- **"UNISELF - SOCIEDADE DE RESTAURANTES PÚBLICOS E PRIVADOS, S.A"** pessoa colectiva nº 501323325 com sede no Parque Industrial do Arneiro, Ed. Uniself, Lotes 32 a 37, S. João do Tojal: coima de € 1.742.124,83; ---

- **"ICA - INDÚSTRIA E COMÉRCIO ALIMENTAR, S.A"** pessoa colectiva nº 501426230 com sede na Av. Manuel da Maia, nº 46-A, Lisboa: € 634.387,87; ---

- **"SODEXO PORTUGAL – RESTAURAÇÃO E SERVIÇOS, S.A."** pessoa colectiva nº 501389954 com sede na R. Castilho, nº 71, 5º Dto., em Lisboa: € 357.337,76; -

- **CECÍLIA MARIA ANDRADE GRILO SILVA** titular do Bilhete de Identidade nº 4361867 com domicílio profissional na R. Castilho, nº 71, 5º Dto., em Lisboa: € 3.500,00; ---

- **MANUEL ANTÓNIO RIBEIRO SEVINATE DE SOUSA** administrador com domicílio profissional na R. Eugénio dos Santos, Lote 96 e 97, Zona Industrial Casal do Marco, Arrentela, Seixal: € 2.500,00; ---

- **MATEUS DA SILVA ALVES** titular do Bilhete de Identidade nº 4207067 residente na R. Xavier Araújo, nº 11, núcleo 10, 4º-A, Lisboa: € 5.000,00; ---

- **CARLOS ALBERTO DOS SANTOS MARTINS MOURA** administrador com domicílio profissional no Largo do Movimento das Forças Armadas, nº 3, Amadora: € 5.000,00; ---

- **JOSÉ LUIS SILVESTRE CORDEIRO** administrador contribuinte nº 129953474 com domicílio profissional na R. da Garagem, nº 10, Carnaxide: € 5.000,00.

Na mesma decisão foi ainda considerado o arguido **MANUEL MARIA SÁ COUTINHO DE LENCASTRE** autor da mesma contra-ordenação, tendo porém sido dispensado da aplicação de qualquer coima, e o arguido **JOAQUIM AUGUSTO FREITAS FERNANDES DIAS CABAÇO** sido absolvido da contra-ordenação em



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I, Nº 1 08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

causa. ---

Considerou ainda a AdC que as sociedades "TRIVALOR – SOCIEDADE GESTORA DE PARTICIPAÇÕES SOCIAIS, S.A.", GERTAL – COMPANHIA GERAL DE RESTAURANTES E ALIMENTAÇÃO, S.A." e "ITAU – INSTITUTO TÉCNICO DE ALIMENTAÇÃO HUMANA, S.A." pessoa colectiva nº 500142858 com sede no Largo Movimento das Forças Armadas, nº 3, Amadora, eram, para efeitos da Lei da Concorrência, uma só empresa, tendo adoptado igual entendimento no que concerne às sociedades "ICA - INDÚSTRIA E COMÉRCIO ALIMENTAR, S.A" e "NORDIGAL - INDÚSTRIA DE TRANSFORMAÇÃO ALIMENTAR, S.A.". -

Todos os arguidos a quem foi aplicada uma coima, por discordarem da acusação que lhes é imputada, interpuseram recurso de impugnação da decisão condenatória, apresentando alguns dos arguidos a defesa agrupada. ---

Assim, foram interpostos recursos pelos arguidos: ---

- a) "SODEXO PORTUGAL – RESTAURAÇÃO E SERVIÇOS, S.A." e CECÍLIA MARIA ANDRADE GRILO SILVA
- b) "UNISELF - SOCIEDADE DE RESTAURANTES PÚBLICOS E PRIVADOS, S.A" e MATEUS DA SILVA ALVES, ---
- c) "EUREST (Portugal) – SOCIEDADE EUROPEIA DE RESTAURANTES LDA";
- d) "ICA - INDÚSTRIA E COMÉRCIO ALIMENTAR, S.A", "NORDIGAL - INDÚSTRIA DE TRANSFORMAÇÃO ALIMENTAR, S.A." e MANUEL ANTÓNIO RIBEIRO SEVINATE DE SOUSA. ---
- e) GERTAL – COMPANHIA GERAL DE RESTAURANTES E ALIMENTAÇÃO. S.A.", "ITAU – INSTITUTO TÉCNICO DE ALIMENTAÇÃO



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I I, N.º 1.08 01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef 218360080 Fax 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.Nº 262/10.5TYLSB

HUMANA, S.A.", "TRIVALOR – SOCIEDADE GESTORA DE PARTICIPAÇÕES SOCIAIS, S.A.", CARLOS ALBERTO DOS SANTOS MARTINS MOURA e JOSÉ LUIS SILVESTRE CORDEIRO. ---

Nas várias alegações de recurso foram invocadas diversas nulidades e questões prévias. Nos termos do disposto no art. 311º, nº 1, do Cod. Proc. Penal, ex vi arts. 41º do Dec.lei 433/82 de 27 de Outubro (RGCO) e 21º, nº 1, da LdC, passa a conhecer-se das questões prévias e nulidades invocadas que podem desde já ser conhecidas. Por terem sido interpostos recursos agrupados, por razões de ordem prática os mesmos serão identificados por referência à primeira das arguidas de cada grupo que apresentou defesa conjunta (Sodexo, Uniself, ICA e Gertal). ---

*

A arguida **Sodexo** arguiu várias nulidades da decisão final, a saber: ---

- contradição insanável quanto às imputações que lhe são feitas; ---
- falta de fundamentação e exame crítico das provas; ---
- falta de definição do grau de participação da arguida e de graduação da medida da culpa: ---
- exposição dos factos imputados à arguida com referências e transcrições de depoimentos de arguidos e testemunhas, violando o disposto nos arts. 356º e 357º do Cod. Proc. Penal. ---

Invoca ainda a arguida a violação dos seus direitos fundamentais na medida em que: ---

- a AdC fundou parte da acusação nas declarações do co-arguido Manuel Maria Sá Coutinho dando-lhes uma credibilidade que as mesmas não têm; ---
- a AdC fundou parte das imputações em provas nulas e em provas obtidas por métodos enganosos. ---

*



Tribunal do Comércio de Lisboa

2.º Juízo

Av. D. João I, Nº 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

A arguida *Uniself* invoca nulidades diversas que, no seu entender inquinam a decisão impugnada. Pese embora a extensão do requerimento de recurso e das respectivas conclusões, não cuidou a arguida de separar e autonomizar os vícios do processo dos vícios da decisão final nem, dentro de cada tipo de vício, os vários direitos e princípios que considera terem sido violados. Assim, passam a elencar-se todas as circunstâncias que, no entender da arguida, integram nulidades por violação dos princípios de audiência e defesa, da presunção de inocência, da igualdade, do direito a uma tutela jurisdicional efectiva e da culpa: ---

- não constituição dos recorrentes como arguidos; ---
- não concessão de prazo razoável para responder à nota de ilicitude; ---
- não permissão da presença dos arguidos na inquirição das testemunhas; ---
- falta de comunicação à arguida da sanção que a AdC tencionava aplicar; --
- não disponibilização do processo de forma completa e sistematizada o que impediu, designadamente, a preparação conveniente da resposta à nota de ilicitude;
- não acesso a documentos classificados como confidenciais; ---
- qualificação como factos de simples conclusões e ilações; ---
- omissão de factos essenciais; ---
- desconsideração dos factos e meios de prova oferecidos pela arguida; ---
- falta de fundamentação da decisão de não dar acesso a elementos classificados como confidenciais; ---
- valoração indevida das declarações do arguido Manuel Lancastre; ---
- valorização indevida de depoimentos de várias testemunhas; ---
- obtenção de prova testemunhal através de métodos enganosos; ---
- obtenção de prova através de buscas ilegais, ---
- apreensão ilegal de correspondência; ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João II, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.STYLSB

- consideração de factos provados por confissão quando os mesmos não foram aceites e não existe no processo contra-ordenacional o ónus da impugnação especificada; ---
- falta de subsunção dos factos ao direito; ---
- falta de fundamentação da decisão final; ---
- insuficiência do prazo de 20 dias para apresentação do recurso de impugnação; ---
- não individualização da culpa concreta de cada arguido. ---

*

A arguida **Eurest** invoca vários vícios que classifica como vícios decorrentes da violação do seu direito de audiência e defesa: ---

- não concessão de prazo razoável para responder à nota de ilicitude; ---
- não audição da arguida sobre determinados aspectos que fundamentaram a decisão condenatória, incluindo a determinação da medida da coima; ---
- prorrogação do prazo para apresentação do recurso de impugnação a apenas alguns arguidos; ---
- inversão do ónus da prova por parte da AdC; ---
- actuação que dificultou o acesso da arguida ao processo; ---

Invoca ainda outros vícios da Decisão final: ---

- exclusão de indícios absolutórios constantes do processo; ---
- uso de meios de prova ilegais; ---
- valorização probatória do silêncio da arguida; ---
- falta de fundamentação no que à medida da coima respeita; ---
- aplicação de coimas iguais perante circunstâncias diferentes, em violação dos princípios da igualdade e da não discriminação; ---
- violação do princípio *in dubio pro reo* no que a determinação do período da infracção respeita; ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João II, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

- violação do princípio da igualdade por o arguido Manuel de Lencastre dispensado de qualquer sanção. ---

*

A arguida ICA invoca várias nulidades por violação do direito de audiência e defesa: ---

- falta de constituição das recorrentes como arguidas; ---
- não concessão de prorrogação de prazo para apresentação do recurso de impugnação;
-
- prorrogação do prazo para apresentação do recurso de impugnação a apenas alguns arguidos; ---
- uso de prova obtida por meio enganoso; ---
- declarações tomadas ao arguido Manuel Sevinate Sousa obtidas de forma ilegal. ---

Invoca ainda a arguida a nulidade da decisão final (DF) por: ---

- violação do princípio da presunção de inocência; ---
- violação do princípio da igualdade de armas; ---
- falta dos requisitos previstos no art. 58º, nº 1 do RGCOC e 374º, nº 2, 375º e 379º o Cod. Proc. Penal; ---
- falta de fundamentação; ---
- violação do disposto no art. 18º do RGCOC por não terem sido respeitados os critérios de determinação da medida da coima; ---

*

A arguida **Gertral** invoca nulidades da decisão final e nulidades da prova que culminam em nulidade da própria decisão final. Argumenta que a AdC restringiu os seus direitos de defesa violando o princípio da audição dos arguidos, violou normas de



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I, N.º 1 08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef. 218366080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tecom@tribunais.org.pt

Proc.Nº 262/10.5TYLSB

direito probatório e, violou o princípio da legalidade e da tipicidade consubstanciadas na: --

- não apreciação e ponderação da prova documental apresentada pela arguida Trivalor;
-
- não realização de diligências probatórias requeridas pela arguida Trivalor; ---
- falta de fundamentação no que concerne ao elemento subjectivo do tipo e aos requisitos essenciais quanto à descrição dos factos; ---
- não aplicação de coimas iguais a todos os arguidos; ---
- contradição entre a decisão de facto e a respectiva fundamentação..

De seguida enuncia uma série de outros factores que importam a nulidade da decisão por se fundar em provas nulas. ---

*

A AdC apresentou as suas alegações, nos termos do art. 51º, nº 1, da LdC, pugnando pela improcedência das nulidades e questões prévias arguidas, nos termos e com os fundamentos expostos a fls. 53932 e segs. que aqui se dão por reproduzidas.

*

As arguidas responderam às alegações conforme respostas de fls. 54838, 54799, 54962, 55080 e 55104, que aqui se dão por reproduzidas. ----

*

Tendo sido suscitadas várias nulidades, umas relacionadas com a violação do direito de audiência e defesa durante a fase de instrução do processo e até à decisão final, outras ligadas directamente à decisão final, por razões de ordem lógica e sequencial, começará por se conhecer os vícios anteriores à decisão final, isto é os que se prendem com a violação do direito de audiência e defesa e com a instrução do processo uma vez que, a considerar-se algum ou alguns deles procedentes e se entender



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 262/10.5TYLSB

que o(s) mesmo(s) inquina o processo com o vício da nulidade ou da anulabilidade, já não se entrará na apreciação dos vícios da própria decisão por esta ficar desde logo afectada por vício anterior. ---

*

De um modo geral todos os arguidos invocam a existência de vícios decorrentes da actuação da AdC que, quer por via de acção quer por via de omissão, violou as suas garantias de defesa consagradas no art. 50º do Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas, aprovado pelo Dec.lei 433/82 de 27 de Outubro (RGCO) e no art. 32º, n.º 10, da Constituição da República Portuguesa (CRP), tendo cometido diversas nulidades ao longo da instrução do processo. -----

*

Dada a natureza das questões suscitadas pelas partes e a interpretação do regime legal aplicável feito pelas arguidas, há que começar por definir qual o direito subsidiário aplicável no regime geral das contra-ordenações e qual o conteúdo e alcance do direito de audiência e defesa para, de seguida, analisar cada um dos vícios invocados. ---

*

Regime Subsidiário Aplicável

Antes de mais há que delimitar qual o regime subsidiário aplicável, se o RGCO ou se o Código de Procedimento Administrativo (CPA). Sobre esta questão o Tribunal teve já oportunidade de se pronunciar em sentença proferida pela signatária no Proc. 766/06.4TYLSB, e que, por manter inteira actualidade, se passa a transcrever:

“O art. 19º da LdC dispõe que Sem prejuízo do disposto na presente lei, os procedimentos sancionatórios respeitam o princípio da audiência dos interessados, o princípio do contraditório e demais princípios gerais aplicáveis ao procedimento e à



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João II, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

actuação administrativa constantes do Código de Procedimento Administrativo ... bem como, se for caso disso, do regime geral dos ilícitos de mera ordenação social ...

Por sua vez, o art. 22º. nº 1, do mesmo código determina, como já se referiu supra, que aos processos relativos a práticas proibidas se aplica subsidiariamente o regime geral dos ilícitos de mera ordenação social. ---

Extrai-se da conjugação destas duas normas que durante a denominada fase administrativa do processo se aplicam subsidiariamente as regras do Código de Procedimento Administrativo e que na fase de impugnação judicial se aplicam as regras do regime geral dos ilícitos de mera ordenação social? Afigura-se-nos que não é esta a interpretação que se deve fazer das duas normas em apreciação. A aplicação subsidiária do CPA está pensada para determinadas situações e a aplicação subsidiária do regime geral dos ilícitos de mera ordenação social está pensada para outras. ---

A este propósito L. Dantas entende que "A razão de ser norma daquele artigo 19.º parece-nos, de facto, outra. Na verdade, o apelo ao código de procedimento administrativo em sede de actividade sancionatória deriva da natureza das infracções em causa e do facto de muitas delas serem constatadas em procedimentos de natureza administrativa que seguem os termos do respectivo código. Esta circunstância justifica que se tenha pretendido aproveitar essa forma de procedimento e, sobretudo os actos já levados a cabo no contexto do mesmo para sancionar as infracções em causa, afastando, em relação a elas, o processamento típico das contra-ordenações." (comunicação proferia em 3.06.05 num Seminário sobre direito Europeu da Concorrência, promovido pela Procuradoria Geral da República, que teve lugar no CCB). ---

Significa isto que se estamos perante um processo de natureza sancionatória em que está em causa a prática de uma contra-ordenação, o direito subsidiário aplicável é o regime geral dos ilícitos de mera ordenação social. Se estamos perante um processo



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lsboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

de natureza sancionatória em que não está em causa a prática de um ilícito contra-ordenacional, a AdC actua no campo do direito administrativo, sendo por conseguinte aplicável subsidiariamente o CPA. ---

Este entendimento é sufragado por Lacerda Costa Pinto que refere: "Do ponto de vista da autoridade administrativa a competência para processar contra-ordenações pode ter algo de peculiar: trata-se de Direito aplicável por uma entidade administrativa, mas que não é em rigor Direito Administrativo. (...) quando um acto de uma autoridade administrativa possa ser visto simultaneamente como um *acto administrativo* e um *acto integrador de um processo de contra-ordenação* o seu regime jurídico, nomeadamente para efeitos de impugnação, deverá ser em princípio o do ilícito de mera ordenação social e subsidiariamente o regime do processo penal, mas não o regime do Código de Procedimento Administrativo. Uma solução diferente criaria o risco de um bloqueio completo da actividade sancionatória da administração por cruzamento de regimes e garantias jurídicas".

"A solução aqui sustentada (...) parece ser aquela que é ditada não só pelo enquadramento constitucional das garantias em processo de contra-ordenação, mas também pelo facto de o regime geral das contra-ordenações determinar a aplicação subsidiária do processo penal ... e equiparar os poderes instrutórios em processo de contra-ordenação aos poderes da polícia de investigação criminal (art. 48º, n.º 2), negando implicitamente qualquer recurso subsidiário ao Direito Administrativo." (o Ilícito de Mera Ordenação Social e a erosão do princípio da subsidiariedade da Intervenção Penal", *in* RPCC, ano 7, Fasc. 1º, Jan-Março 1997, p. 81). ---

Também Simas Santos e Lopes de Sousa defendem esta posição: "Este artigo 41.º, insere-se nas normas gerais do processo contra-ordenacional e, por isso, as remissões nele feitas reportam-se tanto à fase de investigação da contra-ordenação, a que serão aplicáveis subsidiariamente as normas do processo de inquérito e instrução,



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João II, Nº 1 08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef. 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

como à fase de julgamento, no caso de recurso judicial da decisão administrativa de aplicação da coima.” (*in* Contra-Ordenações, Anotações ao Regime Geral, 2ª ed., Vislis, p. 267). ---

Assim, no caso dos autos não há que recorrer às normas do CPA respeitantes à fundamentação das decisões, à salvaguarda do princípio do contraditório, corolário do direito de defesa, ou à nulidade das decisões (arts. 100º, 101º, 120º e segs.) mas sim às normas do RGCOOC referentes a esta mesma matéria (art. 50º) e às normas do processo penal (art. 118º e segs.).” ---

*

Do conteúdo do direito de audiência e defesa

Como se referiu *supra*, por razões de ordem lógica irá começar-se a apreciação das nulidades que se prendem directamente com a fase de instrução do processo e que consubstanciam, no entender dos arguidos, violação do seu direito de defesa. ---

Resulta dos vários recursos que a generalidade dos arguidos pretende dar ao direito de audiência e defesa um conteúdo que o mesmo não tem. Assim, antes de mais, importa determinar o conteúdo do direito de audiência e defesa do arguido em processo de contra-ordenação. ---

Segundo os ensinamentos de Eduardo Correia e Figueiredo Dias, o direito contra-ordenacional abrange as condutas que violam interesses erigidos pelo Estado como fundamentais para uma vivência social boa e ordenada. Abrange condutas que são tipificadas como proibidas e, conseqüentemente ilícitas, correspondendo-lhes, porém, uma neutralidade ética, ou seja, têm uma carga valorativa negativa que não vai além do desvalor que lhe é atribuído pelo simples facto de violarem deveres prescritos pelo Estado (cfr. Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social, Boletim da FDUC, vol. XLIX, p. 257-281 e O Movimento de Descriminalização e o Ilícito de Mera



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I I, Nº 1.08 D1 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef. 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

Ordenação Social, Jornadas de Direito Criminal, CEJ, p. 3217 e segs., respectivamente).

Este ramo do direito surgiu na sequência do movimento mais lato de descriminalização do direito penal e autonomizou-se deste sempre partindo da ideia da não relevância ética das condutas que o integram. Esta autonomização assenta, pois, na neutralidade ética do ilícito: o ilícito não é axiologicamente neutral, e por isso se trata de um direito sancionatório, mas a conduta em si mesmo considerada, divorciada da proibição legal, é-o. ---

Daqui resulta, como tem sido aliás reconhecido abundantemente pelo Tribunal Constitucional, que não há uma estreita equiparação entre o ilícito contra-ordenacional e o ilícito criminal, não obstante a "necessidade de serem observados determinados princípios comuns que o legislador contra-ordenacional será chamado a concretizar dentro de um poder de conformação mais aberto do que aquele que lhe caberá em matérias de processo penal." (Ac. Tribunal Constitucional nº 469/97; no mesmo sentido se pronunciaram inúmeros arestos do Tribunal Constitucional, indicando-se, a título de exemplo, os Ac. 158/92, 344/93; 473/01; 581/04; 325/2005 e 637/06). ---

Pode assim afirmar-se que as regras processuais penais não têm aplicação *in totum* no direito contra-ordenacional, como não poderia deixar de ser sob pena de não haver qualquer diferenciação entre os dois tipos de ilícito, diferenciação essa que, como vimos já, existe e é significativa. ---

O art. 50º do RGCOC dispõe que *Não é permitida a aplicação de uma coima ou de uma sanção acessória sem antes se ter assegurado ao arguido a possibilidade de, num prazo razoável, se pronunciar sobre a contra-ordenação que lhe é imputada e sobre a sanção ou sanções em que incorre.* ---

Este artigo visa garantir ao arguido no processo de contra-ordenação que é ouvido sobre os factos que lhe são imputados, permitindo-lhe assim organizar a sua



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.º 262/10.5TYLSB

defesa. Trata-se, pois, de um direito que decorre do princípio geral do contraditório, exigência fundamental de um Estado de Direito Democrático e que constitui hoje uma garantia consagrada de forma expressa na Lei Fundamental: *Nos processos de contra-ordenação (...) são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa* (art. 32º, nº 10). ---

Em anotação a este preceito Jorge Miranda afirma que “O nº 10 garante aos arguidos em quaisquer processos de natureza sancionatória os direitos de audiência e defesa. Significa ser inconstitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção (...) sem que o arguido seja previamente ouvido e possa defender-se das imputações que lhe são feitas. A defesa pressupõe a prévia acusação, pois que só há defesa perante uma acusação. A Constituição proíbe absolutamente a aplicação de qualquer tipo de sanção sem que ao arguido seja garantida a possibilidade de se defender.”. ---

A propósito da extensão e conteúdo deste direito, e da sua diferenciação face ao direito do arguido em processo penal, já o Tribunal Constitucional se pronunciou por diversas vezes, sempre concluindo que a diferente natureza dos ilícitos e a menor ressonância ética do ilícito de mera ordenação social fazem com que as garantias em ambos os regimes não tenham que ser iguais (cfr. Ac. TC 659/06 de 28.11.06 e demais jurisprudência aí citada), sem prejuízo de haver um núcleo essencial e intocável de respeito pelo princípio do contraditório. ---

No citado aresto refere-se que: “Diga-se, desde já, que o invocado nº 10, na sua directa estatuição, é de todo irrelevante para o presente caso. Com a introdução dessa norma constitucional (efectuada pela revisão constitucional de 1989, quanto aos processos de contra-ordenação, e alargada, pela revisão de 1997, a quaisquer processos sancionatórios) o que se pretendeu foi assegurar, *nesses tipos de processos, os direitos de audiência e de defesa* do arguido, direitos estes que, na versão originária da Constituição, apenas estavam expressamente assegurados aos arguidos em processos



Tribunal do Comércio de Lisboa

2.º Juízo

Av. D. João II, Nº 1 08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.º 262/10.5TYLSB

disciplinares no âmbito da função pública (artigo 270.º, n.º 3, correspondente ao actual artigo 269.º, n.º 3). Tal norma implica tão-só ser inconstitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção, contra-ordenacional, administrativa, fiscal, laboral, disciplinar ou qualquer outra, sem que o arguido seja previamente ouvido (direito de audição) e possa defender-se das imputações que lhe são feitas (direito de defesa), apresentando meios de prova e requerendo a realização de diligências tendentes a apurar a verdade (...) É esse o limitado alcance da norma do n.º 10 do artigo 32.º da CRP, tendo sido rejeitada, no âmbito da revisão constitucional de 1997, uma proposta no sentido de consagrar o asseguramento ao arguido, “nos processos disciplinares e demais processos sancionatórios”, de “todas as garantias do processo criminal”. ---

Expressivo sobre o ponto de vista do Tribunal Constitucional é ainda o Ac. 278/99 de 5 de Maio de 1999, posteriormente citado em abundância noutros arestos do mesmo tribunal, onde se refere: “... A preservação das garantias de defesa do arguido passa, nos parâmetros do Estado de Direito democrático, além do mais, pela observância do contraditório, de modo a que sempre possa ser dado conhecimento ao arguido da acusação que lhe é feita e se lhe dê oportunidade para se defender. A intangibilidade deste núcleo essencial compadece-se, no entanto, com a liberdade de conformação do legislador ordinário que, designadamente na estruturação das fases processuais anteriores ao julgamento, detém margem de liberdade suficiente para plasticizar o contraditório, sem prejuízo de a ele subordinar estritamente a audiência: aqui tem o princípio a sua máxima expressão (como decorre do nº 5 do artigo 32º citado), nessa fase podendo (e devendo) o arguido expor o seu ponto de vista quanto às imputações que lhe são feitas pela acusação, contraditar as provas contra si apresentadas, apresentar novas provas e pedir a realização de outras diligências e debater a questão de direito. (...)



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I, Nº 1.08 01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

Ou seja, ressalvado esse núcleo essencial – que impede a prolação da decisão sem ter sido dada ao arguido a oportunidade de “discutir, contestar e valorar” (parecer nº 18/81 da Comissão Constitucional, in Pareceres da Comissão Constitucional, 16º vol., pág. 154) – não existe um espartilho constitucional formal que não tolere certa maleabilização do exercício do contraditório...”. ---

Concretizando este direito o art. 25º, nº 1, da LdC dispõe que, se a AdC, terminado o inquérito, der início à instrução do processo, procede à notificação das empresas. Por seu turno, o nº1 do art. 26º da mesma lei determina que, nessa notificação, *a Autoridade fixa às arguidas um prazo razoável para que se pronunciem por escrito sobre as acusações formuladas e as demais questões que possam interessar à decisão do processo, bem como sobre as provas produzidas.* ---

O nº 2 deste preceito acrescenta que *A audição por escrito a que se refere o número anterior pode, a solicitação das empresas ou associações de empresas arguidas, apresentada à Autoridade no prazo de cinco dias a contar da notificação, ser completada ou substituída por uma audição oral, a realizar na data fixada para o efeito pela Autoridade, a qual não pode, em todo o caso, ter lugar antes do termo do prazo inicialmente fixado para a audição por escrito.* --

Feito o percurso pelas regras legais aplicáveis, podemos concluir que o direito constitucional de audição e defesa em sede contra-ordenacional impõe que à arguida seja dada a possibilidade de se pronunciar sobre as acusações que lhe são imputadas, considerando-se que tal possibilidade só lhe é efectivamente dada se na notificação que lhe for feita pela autoridade administrativa incluir todos os elementos de facto e de direito relevantes para a decisão. ---

Como é que se concretiza este direito? Notificando a arguida da nota de ilicitude, que deverá conter todos os *elementos necessários para que se fique a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e*



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 262/10.5TYLSB

de direito, e dando-lhe a possibilidade de, sobre a matéria de facto e de direito dela constantes, se pronunciar num *prazo razoável*. É este o conteúdo do direito de audiência e defesa, direito que é, ele próprio, expressão do princípio do contraditório. -

Tendo em mente este enquadramento há que analisar se a AdC violou este núcleo essencial e intocável do direito de defesa da arguida. ---

Refira-se ainda que esta interpretação do art. 50º não padece de qualquer inconstitucionalidade, como pretendem os arguidos, uma vez que, conforme resulta da fundamentação explanada, é ela própria estribada em jurisprudência abundante e uniforme do tribunal constitucional, tendo este definido e delimitado o direito em causa nos termos supra referidos. ---

Assim delimitado o núcleo essencial do direito de audiência e defesa em sede de processo contra-ordenacional, importa agora passar à análise dos concretos vícios invocados, começando, por razões de ordem lógica, pelos vícios reportados a actos ou omissões praticados pela AdC em momento anterior ao da decisão final. ---

*

* *

* * *

A - Não constituição formal dos recorrentes como arguidos

Alegam as arguidas Uniself e ICA que nunca foram constituídas arguidas no processo, o que viola o seu direito de audiência e defesa. ---

Nas suas alegações a AdC, defendeu que, no processo de contra-ordenação, não é obrigatória a constituição de arguido, citando a decisão proferida no processo n.º 648/09.8TYLSB deste juízo. ---

A questão ora colocada foi efectivamente conhecida pela ora signatária no processo identificado pela AdC. Entendendo manterem-se inalteradas as razões de facto e de direito que então levaram à conclusão de que no processo de



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I I, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

contra-ordenação não há a obrigatoriedade de constituição formal de arguido, transcreve-se o ali expandido sobre a matéria:

“A aplicação subsidiária de qualquer norma, seja ela do RGCOG, seja ela do Cod. Proc. Penal, só tem lugar quando estivermos perante um caso omissivo, ou seja, quando estivermos perante uma situação não prevista na lei. A aplicação subsidiária de qualquer disposição legal pressupõe a existência de uma lacuna de previsão (falta a previsão de um caso que deve ser juridicamente regulado), i.e., a hipótese em apreciação não está contida nem na letra nem no espírito da lei. ---

A lei da concorrência é totalmente omissiva no que toca à questão *sub iudice*. Mas esta omissão não releva dado que a referida lei não regula o regime geral aplicável ao processo de contra-ordenação, limitando-se a estabelecer algumas especificidades, remetendo genericamente para o RGCOG (art. 22º, nº 1). A questão tem, pois, que ser resolvida no quadro do RGCOG. ---

O RGCOG, ao contrário do Cod. Proc. Penal (arts. 58º e segs.) não contém quaisquer regras relativas à constituição de arguido. A questão que se coloca é, pois, a de apurar se o facto de o RGCOG não conter quaisquer regras relativas à constituição de arguido é intencional, isto é, se o objectivo do legislador foi intencionalmente não impor nestes processos a obrigatoriedade de constituição de arguido, ou se, pelo contrário, se trata de uma lacuna, caso em que teremos de recorrer à aplicação subsidiária, *ex vi* art. 44º, dos arts. 58º e segs. do Cod. Proc. Penal.” ---

(...)

Depois de caracterizar a natureza dos ilícitos contra-ordenacionais, acrescenta a referida decisão: ---

“Pode assim afirmar-se que as regras processuais penais não têm aplicação *in totum* no direito contra-ordenacional, como não poderia deixar de ser sob pena de não haver qualquer diferenciação entre os dois tipos de ilícito, diferenciação essa que,



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef. 21 8360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

como vimos já, existe e é significativa. E nesta seda não releva o facto de os limites máximos abstractos das coimas poderem ser muito superiores aos das penas de multa. O que releva e faz a diferença é a diferente natureza do ilícito e não a da sanção aplicável. Mesmo que assim não fosse a comparação sempre se teria de fazer entre as sanções mais graves aplicáveis num e noutro regime. Ora é incontestável que a pena máxima aplicável no processo penal é a pena de prisão, pena privativa da liberdade, sanção que não se aplica no âmbito das infracções contra-ordenacionais que não contempla a possibilidade de aplicação de penas privativas da liberdade. Logo, sempre teríamos de concluir que a sanção aplicável abstractamente aos ilícitos criminais é muito mais grave do que a coima mais alta que possa ser aplicada aos ilícitos contra-ordenacionais. ---

Tendo patente esta diferença de natureza de ilícito e, conseqüentemente, de regime, assiste razão à Autoridade quando defende que nos processos de contra-ordenação não há a obrigatoriedade de constituição formal de arguido, ou seja, a não inclusão no RGCOC de uma norma prevendo a constituição de arguido foi intencional, não se tratando de uma lacuna. ---

Esta ideia resulta directamente do art. 50º do RGCOC que dispõe não ser permitida a aplicação de uma coima sem se ter conferido ao arguido a possibilidade de se pronunciar sobre a contra-ordenação que lhe é imputada. ---

Ao prescrever desta forma resulta evidente que não há qualquer obrigatoriedade de constituição prévia de arguido. Desde logo, se o regime dos arts. 57º e segs. fosse aplicável, então o art. 50º do RGCOC não faria qualquer sentido: se o suspeito tivesse que ser constituído arguido assistir-lhe-ia, desde logo, o direito a ser ouvido (cfr. art. 61º, nº 1, al. b), do Cod. Proc. Penal), pelo que a consagração desse direito no art. 50º estaria esvaziada de conteúdo. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I I, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa_tcom@tribunais.org.pt

Proc.N.º 262/10.STYLSB

Aliás, deve dizer-se que os objectivos que no processo penal presidem à constituição formal de arguido, não se fazem sentir no direito de mera ordenação social. Com efeito, no âmbito do direito penal é a partir da constituição formal como arguido que o suspeito da prática de um ilícito criminal passa a ser titular dos direitos respectivos, pretendendo-se salvaguardar os direitos de quem, por ser suspeito da prática de um crime, pode ver os seus direitos fundamentais fortemente comprimidos, podendo, no limite, ficar privado da sua liberdade (sujeição à medida de coacção de prisão preventiva ou domiciliária). A constituição de arguido tem ainda, no domínio penal, outros pontos de grande importância: só a partir desse momento é possível a aplicação de medidas de coacção, designadamente o TIR, e só é possível efectuar o julgamento na ausência do arguido se o TIR tiver sido prestado (cfr. arts. 192º, 333º, n.º 1 e 196º, n.º 3, al. d), todos do Cod. Proc. Penal). ---

Ora no domínio das contra-ordenações, o núcleo dos direitos que assistem ao arguido não dependem da sua constituição formal como tal. Os direitos de ser ouvido e de requerer diligências de prova resultam directamente do art. 50º citado. O direito de recorrer judicialmente de qualquer decisão que lhe seja desfavorável resulta directamente do art. 55º do RGCOC. O direito de constituir mandatário ou de lhe ser nomeado defensor resulta directamente do art. 53º do RGCOC. Em suma, o arguido tem desde o início do processo e independentemente da prática de qualquer acto formal, todos os direitos de defesa que o legislador contra-ordenacional entendeu que lhe assistem, direitos esses que não são absolutamente equiparáveis aos do arguido em processo penal precisamente porque aqui não há nem pode haver a constrição dos direitos fundamentais que pode haver no domínio penal. ---

Não há lugar no domínio das contra-ordenações à aplicação de medidas de coacção, designadamente do TIR (art. 42º do RGCOC), nem a realização do julgamento na ausência do arguido depende da sua constituição formal como tal, sendo



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I I, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

certo que a sua comparência não é obrigatória, salvo se o juiz a considerar necessária e pode ser dispensada, o que aliás sucede em grande parte dos casos, em que, mesmo não sendo dispensada, se o arguido faltar o julgamento só não se realizará se o tribunal considerar necessária a sua presença (arts. 67º e 68º do RGCO). ---

E poderá de qualquer modo defender-se que essa constituição é necessária para efeitos de dar a conhecer ao arguido os seus direitos? A resposta não pode deixar de ser negativa. Como se disse *supra* os ilícitos de mera ordenação social não são ilícitos penais, a sua relevância ético-jurídica não é a relevância destes, e, conseqüentemente, não tem que se aplicar neste domínio o regime global de garantias e direitos subjacentes àqueles ilícitos. ---

Ao nível dos ilícitos contra-ordenacionais o legislador entendeu que as garantias de defesa do arguido ficavam inteiramente salvaguardas com esta necessidade de o mesmo ser ouvido antes de lhe ser aplicada uma coima, não impondo a sua constituição formal como arguido (neste sentido Ac. RC de 28-04-99, in CJ 1999, T. III, p. 55 e Borges de Pinho, in *Das Contra-ordenações*, Almedina, 2004, p. 47). ----

Do exposto resulta, pois, que a constituição formal como arguido no domínio do direito contra-ordenacional não é exigida do ponto de vista da garantia dos direitos de defesa uma vez que, por um lado, os direitos de defesa não são coincidentes com os do arguido em processo penal e, por outro lado, os direitos de defesa que o legislador lhe atribuiu e que não estão consagrados no RGCO decorrem directamente da Constituição e o seu exercício não depende dessa constituição. ---

Não assiste, pois, razão aos arguidos quando invocam a existência de uma nulidade insanável resultante da não constituição formal como arguidos. ---

Aliás, mesmo que se considerasse ser essa constituição obrigatória, nunca estaríamos perante uma nulidade insanável mas antes perante uma mera irregularidade.



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João II, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef 218360080 Fax 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 262/10.5TYLSB

Com efeito, não é de todo legítimo afirmar que a falta de constituição de arguido equivale à falta de inquérito. ---

A constituição de arguido é relevante em sede de processo criminal já que é a partir dela que o arguido passa a ser titular de todos os direitos de defesa que a lei lhe conferiu. Daí que o legislador preveja que a constituição de arguido tenha lugar logo que o arguido preste declarações pela primeira vez no processo, quando lhe tenha que ser aplicada uma medida de coação, quando for detido ou quando for levantado um auto de notícia e este lhe seja comunicado (art. 58º do Cod. Proc. Penal). ---

Sucedê que o legislador também prevê uma outra hipótese de constituição de arguido ao prescrever que assume a qualidade de arguido todo aquele contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução (art. 57º, n.º 1, do Cod. Proc. Penal). Ora, sendo a acusação proferida no fim do inquérito, decorre deste preceito que é legalmente admissível a existência de um inquérito e a dedução de uma acusação sem que o suspeito da prática do ilícito seja formalmente constituído arguido, o que só por si afasta qualquer hipótese de fazer equiparar a falta de constituição de arguido à falta de inquérito. ---

Por último há ainda que considerar o disposto no n.º 3 do citado art. 58º que prescreve que a tomada de declarações do arguido sem que este tenha sido como tal constituído implica que as suas declarações não possam ser contra si utilizadas como prova. Ora se a falta de constituição como arguido equivallesse a uma nulidade insanável, por ser equiparada à falta de inquérito, este preceito não teria qualquer sentido já que a nulidade acarretaria necessariamente a invalidade dos actos dela dependentes como seria, no caso, a tomada de declarações. ---

Em suma, não se pode equiparar a falta de constituição de arguido à falta de inquérito. Logo, e uma vez que vigora entre nós o regime da tipicidade no que concerne às nulidades, não estando prevista como nulidade a falta de constituição



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I I, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211543180 Mail: lisboa.tecom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

formal de arguido, tal vício seria o da irregularidade e não o da nulidade (no sentido de que a omissão da constituição de arguido no processo penal é uma mera irregularidade Ac. RL de 17-01-02 e Ac. RL de 09-05-2000 e citado Ac. RC de 28-04-99: Germano Marques da Silva, *in Do Processo Penal Preliminar*, Lisboa, 1990, p. 436). ---

Ora a ser aqui aplicável este regime, e já vimos que não o é, a arguida teria que ter arguido a irregularidade em causa no prazo que para o efeito lhe é conferido pelo art. 123º do Cod. Proc. Penal, o que esta não fez, pelo que sempre a irregularidade estaria sanada. Por último sempre se dirá que mesmo que se considerasse ter a arguida suscitado a questão da irregularidade atempadamente, não haveria qualquer acto a invalidar dado que a irregularidade não afectaria qualquer dos actos que foi praticado no processo, quer dos que o foram até à dedução da nota de ilicitude quer dos que o foram posteriormente (a única consequência que se poderia retirar seria a de desconsideração como meio de prova das declarações prestadas pelos legais representantes das arguidas)”. ---

Assim, tal como ali se concluiu, uma vez que do facto de os arguidos não terem sido como tal formalmente constituídos não resultou qualquer violação dos seus direitos de defesa, julgo improcedente a arguida nulidade. ---

Aliás a existir o vício, a sua invocação neste momento é, no entender do tribunal, uma actuação processual desleal. Tendo tido um comportamento totalmente passivo nesta matéria desde que foi notificada da nota de ilicitude, o facto de vir agora suscitar esta questão (irregularidade processual) raia a violação dos seus deveres de diligência e boa fé processuais. "O primeiro obriga os sujeitos processuais a «reagir contra nulidades ou irregularidades que consideram cometidas e entendam relevantes ... não podendo naturalmente escudar-se na sua própria negligência no acompanhamento das diligências ou audiências para vir reclamar o cumprimento da lei relativamente a *actos em que estiveram presentes* e de que, agindo com a prudência



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I I, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef. 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tecom@tribunais.org.pt

Proc.º 262/10.5TYLSB

normal, não puderam deixar de se aperceber». O segundo impede que os sujeitos processuais «possam aproveitar-se de alguma omissão ou irregularidade porventura cometida ao longo dos actos processuais em que tiveram intervenção, guardando-a como um «trunfo» para, em fase ulterior do processo, se e quando tal lhes pareça conveniente, a suscitarem e obterem a anulação do processado»" (João Conde Correia, Contributo para a Análise da Inexistência e das Nulidades Processuais Penais, *in* Studia Iuridica 44, Cª Ed., p.148, n. 328). ---

Acrescenta ainda este autor, a propósito da razão de ser do regime que permite a sanação dos vícios por falta de arguição, que tal regime se destina também a "evitar que o interessado, em vez de arguir de imediato a nulidade, guarde esta possibilidade para utilizar no momento mais oportuno, se e quando for necessário. Conduta processual que, para além de ser muito reprovável, teria como consequência necessária a inutilização de todo o processado posterior, muitas vezes apenas na sua fase decisiva e no fim de uma longa marcha, que só com muito custo poderá ser refeita." (op. cit. p. 179). ---

No caso dos autos é esta a situação: as arguidas tiveram conhecimento de uma circunstância que no seu entender inquina o processo com nulidade, não a suscitaram atempadamente mediante recurso de impugnação nos termos do art. 55º do RGCO e vêm agora, em sede de recurso de impugnação judicial da decisão final, requerer a anulação do processado por não terem sido constituídas arguidas! ---

*

* *

* * *



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

B - Não concessão de prazo razoável para responder à nota de ilicitude (NI)

As arguidas Uniself e Eurest entendem que o processo está inquinado por não lhes ter sido dado prazo razoável para resposta à nota de ilicitude.

Para apreciar esta questão há que considerar os seguintes factos: ---

1 - A Autoridade da Concorrência deduziu a nota de ilicitude em 01 de Setembro de 2008, concedendo às arguidas um prazo de 30 dias úteis para exercerem o seu direito de defesa (fls. 30293). ---

2 - As arguidas Uniself e Eurest foram notificadas da nota de ilicitude em 12 de Setembro de 2008 (fls. 30493/30494 e 30504 a 30506). -----

3 - Por despacho datado de 03 de Outubro de 2008 a AdC prorroga o prazo inicialmente concedido para resposta à nota de ilicitude por 20 dias úteis (fls. 30610). -

4 - As arguidas Uniself e Eurest foram notificadas do referido despacho em 07 de Outubro de 2008 (fls. 30616 a 30618 e 30634 a 30638). -----

5 - Em 7 de Outubro de 2008 a Uniself requereu à AdC prorrogação do prazo para apresentação da resposta à NI por 30 dias, contados da data em que lhe fosse disponibilizado o processo completo (fls. 30718). ---

6 - Em 14 de Outubro de 2008 a Eurest requereu à AdC prorrogação do prazo para apresentação da resposta à NI por mais 20 dias úteis a adicionar aos 20 já prorrogados (fls. 30752). ---

7 - Em 17 de Outubro de 2008 a Eurest requereu à AdC prorrogação do prazo para apresentação da resposta à NI por mais 10 dias úteis a adicionar aos 20 já prorrogados e aos 20 cuja prorrogação foi requerida em 14 do mesmo mês (fls. 30775-d). ---

8 - Em 29 de Outubro de 2008 a Uniself requereu à AdC prorrogação do prazo para apresentação da resposta à NI por 30 dias, contados do término do prazo em curso



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.N.º 262/10.5TYLSB

(de 30+20) ou data em que lhe fosse disponibilizado o processo completo se fosse posterior (fls. 30803). ---

9 - Em 03 de Novembro de 2008 a Eurest requereu à AdC prorrogação do prazo para apresentação da resposta à NI por mais 20 dias úteis a adicionar aos 20 já prorrogados e aos 20 e 10 cuja prorrogação foi requerida em 14 e 17 de Outubro (fls. 30825). ---

10 - Por despacho datado de 10 de Novembro de 2008 a AdC indefere os pedidos de prorrogação de prazo requeridos pela Eurest (fls. 30898). ----

11 - Por despacho datado de 19 de Novembro de 2008 a AdC indefere os pedidos de prorrogação de prazo requeridos pela Uniself (fls. 30928). ----

12 - Tal despacho foi notificado à arguida por fax em 20 de Novembro de 2008 (fls. 30931). —

13 - A 21 de Novembro de 2008 a Eurest apresenta a sua resposta à NI em articulado de 119 páginas com o qual junta documentos vários, conforme requerimento de fls. 32136 que aqui se dá por reproduzido. ---

14 - A 21 de Novembro de 2008 a Uniself apresenta a sua resposta à NI em articulado de 130 páginas, conforme requerimento de fls. 33071 que aqui se dá por reproduzido. ---

15 - A 08.01.2009 a Autoridade da Concorrência decide: “O Conselho da Autoridade da Concorrência decide, nos termos e para os efeitos do disposto no art.º 414º n.º 4 do Cód. de Processo Penal, com as devidas adaptações, revogar os despachos recorridos, concedendo a todos os Arguidos neste processo, nos termos do artigo 26º n.º 1 da LdC de 11 de Junho, o prazo de 30 (trinta) dias úteis, contado da notificação do presente Despacho, para que os mesmos, caso assim o entendam, venham completar ou substituir as suas respostas à nota de ilicitude proferida no âmbito do processo em apreço, rectificando ou complementando o que entenderem



Tribunal de Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I I, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef. 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

pertinente, indicando, caso não o tenham já feito, as diligências complementares de prova que pretendam, fundamentadamente ver realizadas e, bem assim, comunicar aos autos o que entendam relevante sobre quaisquer questões que possam interessar à decisão do processo e que não hajam sido já transmitidas nas respostas escritas, o que faz executando os princípios jurídicos da boa fé e da prossecução do interesse público e, bem assim, da protecção dos direitos e interesses legalmente protegidos dos Arguidos.” (fls. 49479). ---

16 - As arguidas foram notificadas do referido despacho por fax enviado no mesmo dia e por carta recebida no dia seguinte (fls. 49493 a 49497 e 49511 a 49516). -

17 - Na sequência da notificação referida a Eurest apresenta a 14 de Janeiro de 2009 e um requerimento no qual se limita a reforçar o seu convencimento sobre a existência de nulidades várias e requer o adiamento da sua audição oral (fls. 49529).

18 - Na sequência da notificação referida a Uniself apresenta a 19 de Fevereiro de 2009 um novo articulado de complemento de resposta à NI (fls. 49720). ---

19 - A Eurest recorreu judicialmente do despacho da AdC referido em 10), correndo termos o referido recurso sob o nº 41/09.2TYLSB no 3º juízo deste tribunal (consulta no sistema Citius). ---

20 - No referido processo foi proferida decisão em 16 de Setembro de 2009, transitada em julgado, na qual é julgado improcedente o recurso, tendo-se considerado que o prazo concedido pela AdC foi um prazo razoável e que, nessa medida, não foi violado o seu direito de audiência e defesa (consulta no sistema Citius). ---

*

Ambas as arguidas alegam ter requerido à AdC a prorrogação do prazo para responder à nota de ilicitude, requerimentos que foram indeferidos, não tendo o prazo concedido sido suficiente para que pudessem preparar a sua defesa, ficando assim



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João II, Nº 1 08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tecom@tribunais.org.pt

Proc.º 262/10.5TYLSB

prejudicado o seu direito de audiência e defesa. Entendem estar em causa uma nulidade insanável. ---

Embora substantivamente a questão invocada pelas arguidas Eurest e Uniself seja idêntica, o certo é que, no caso, há diferenças factuais relevantes que impõem uma análise diferenciado do alegado por cada uma. ---

Em primeiro lugar convém definir qual a consequência em abstracto da violação do direito de audiência e defesa consagrado no art. 50º do RGCOC. ---

Importa aqui ter presente a jurisprudência obrigatória firmada pelo Assento 1/2003: *“Quando, em cumprimento do disposto no artigo 50º do regime geral das contra-ordenações, o órgão instrutor optar, no termo da instrução contra-ordenacional, pela audiência escrita do arguido, mas, na correspondente notificação, não lhe fornecer todos os elementos necessários para que este fique a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, o processo ficará doravante afectado de nulidade, dependente de arguição, pelo interessado/notificado, no prazo de 10 dias após a notificação, perante a própria administração, ou, judicialmente, no acto de impugnação da subsequente decisão/acusação administrativa”*. ---

Do citado aresto decorre que se a autoridade administrativa não der a conhecer ao infractor todos os dados relevantes para que este se inteire da acusação que contra si é formulada, o processo fica inquinado de nulidade, depende de arguição. Daqui se retira uma primeira conclusão: não está em causa uma nulidade insanável mas sim uma nulidade sanável (dependente de arguição). ---

Por maioria de razão, se a falta absoluta de audição do arguido importa uma nulidade sanável, o vício resultante de o prazo concedido para pronúncia ser insuficiente e não permitir ao infractor a defesa efectiva, o vício em causa consubstanciará uma nulidade dependente de arguição e não uma nulidade insanável



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João II, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

(não faia sentido que a omissão absoluta do acto fosse cominado com uma nulidade sanável e a omissão relativa consubstanciada na concessão de prazo não razoável o fosse com uma nulidade insanável). ---

Feita esta introdução analisemos então os concretos vícios invocados, havendo que separar, conforme referido supra, as alegações de cada uma das arguidas. ---

Começando pelo recurso da Eurest, a mesma enuncia as razões pelas quais entende que o prazo que lhe foi concedido não é suficiente para exercer cabalmente a sua defesa, referindo expressamente que recorreu do despacho da AdC que indeferiu o seu pedido de prorrogação de prazo. ---

Com efeito, a Eurest interpôs recurso, ao abrigo do art. 55º do RGCO e 50º, nº 2, da LdC, da decisão da AdC datada de 10 de Novembro de 2008 que indeferiu o pedido de prorrogação solicitado. Tal recurso foi conhecido por sentença proferida a 16 de Setembro de 2009, transitada em julgado, tendo sido indeferida a pretensão da arguida, considerando-se que o prazo concedido pela AdC foi um prazo razoável e que, nessa medida, não foi violado o seu direito de audiência e defesa. ---

É manifesto que a questão ficou decidida, no que a esta arguida concerne, e ficou-o definitivamente. Após ser proferida uma decisão que conhece expressamente do vício ora suscitado e também ali suscitado pela mesma arguida e que conclui que o mesmo não se verifica, tendo essa decisão transitado em julgado, a questão fica definitivamente resolvida por força do princípio do caso julgado (arts. 497º e 498º do Cod. Proc. Civil). Com efeito, verificando-se todos os pressupostos do caso julgado (repetição de uma causa - identidade de sujeitos, pedido e causa de pedir - estando a primeira já decidida por sentença que não admite recurso) e pretendendo este instituto impedir julgados contraditórios, é manifesto não poder outro tribunal voltar a apreciar a mesma questão. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

Assim, não podendo a Eurest voltar a colocar a questão da concessão de prazo insuficiente para exercício do direito de defesa, deve o seu requerimento ser desde logo indeferido. ---

No que à Uniself concerne constata-se que a mesma expõe como fundamentos para o vício alegado o facto de o prazo de 50 dias não ter sido suficiente, por várias razões que indica, e "ataca" o despacho que indeferiu o prazo de prorrogação por si requerido, arguindo inclusive a sua falta de fundamentação e a consequente violação do art. 268º, nº 3 da CRP e 124º do CPA. ---

Sucede que nesta fase processual não pode a arguida pretender que se julgue procedente uma nulidade que, a existir, teria sido materializada no despacho da AdC que lhe indeferiu a prorrogação do prazo. Não podemos olvidar que a Uniself apresentou vários requerimentos solicitando à AdC que prorrogasse o pedido de resposta à nota de ilicitude. A AdC, por despacho datado de 19 de Novembro de 2008 e notificado à arguida a 20 do mesmo mês, indeferiu esses pedidos. ---

No que à falta de fundamentação respeita e ao contrário do que pretende a arguida, não são aqui aplicáveis os citados arts. 268º, nº 3 da CRP e 124º do CPA. Conforme se referiu supra, o direito subsidiário aplicável é o processual penal e não o administrativo. ---

Dispõe o art. 97º, nº 5, que "Os actos decisórios são sempre fundamentados, devendo ser especificados os motivos de facto e de direito da decisão". ---

Está aqui em causa o despacho da AdC que indeferiu o requerimento da arguida que requereu a prorrogação do prazo para apresentação de defesa escrita. ---

Trata-se, pois, de um acto decisório, na medida em que conhece de uma questão interlocutória (art. 97º, nº 1, al. b), e que, por conseguinte, têm de estar fundamentado de facto e de direito. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I I, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa_tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.STYLSB

Sucede que, recorrendo ao direito subsidiário aplicável teremos que concluir que a falta de fundamentação de qualquer despacho interlocutório proferido pela AdC consubstancia uma irregularidade e não uma nulidade (dada a inexistência de qualquer norma que verse sobre esta questão quer na LdC quer no RGCOC). Com efeito, neste domínio, temos como ponto de partida o princípio básico de que a violação ou inobservância das disposições da lei de processo *só determina a nulidade do acto quando esta for expressamente cominada na lei*, sendo certo que *Nos casos em que a lei não cominar a nulidade, o acto ilegal é irregular* (art. 118º, nº 1 e 2 do Cod. Proc. Penal). ---

A decisão da AdC que indefere o pedido de prorrogação de prazo equivale a um acto decisório do Ministério Público, ou seja a um despacho, e, por conseguinte, carece de fundamentação, *i.e.*, deve especificar os seus fundamentos de facto e de direito (cfr. art. 97º, nº 3 e 5, do Cod. Proc. Penal). Sucede que não há nenhum preceito que comine a falta de fundamentação dos despachos do Ministério Público com a nulidade. Logo, por força do princípio da taxatividade das causas de nulidade (citado art. 118º), é forçoso concluir que tal falta de fundamentação equivale a uma mera irregularidade (neste sentido Ac. RL de 26.09.06, Proc. 6008/2006.5).

Ora a irregularidade *só determina a invalidade do acto a que se refere e dos termos subsequentes que possa afectar quando tiver sido arguida pelos interessados no próprio acto ou, se a este não tiverem assistido, nos três dias seguintes a contar daquele em que tiverem sido notificados para qualquer termo do processo ou intervindo em algum acto nele praticado* (art. 123º, nº 1, do Cod. Proc. Penal). ---

Em momento algum do processo, com excepção do recurso de impugnação, a Uniself veio invocar perante a AdC a irregularidade resultante da deficiente ou inexistente fundamentação da decisão que indeferiu o pedido de prorrogação do prazo.



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I, N.º 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.N.º 262/10.5TYLSB

Não o tendo feito senão em sede de recurso da decisão final a irregularidade em causa, a ter sido cometida, considera-se sanada pois cabia à arguida suscitar a irregularidade no prazo de três dias contados da notificação do despacho. ---

Assim, não pode neste momento vir a Unisef arguir a falta de fundamentação do despacho da AdC de 19 de Novembro que lhe foi notificado no dia seguinte. ---

Mas, além de a falta de fundamentação não poder já ser suscitada, o certo é que, no entender do tribunal, também não pode já ser questionada a concessão de prazo insuficiente. ---

Efectivamente, a arguida entende que o prazo de 50 dias concedido para exercer a sua defesa foi insuficiente e que a AdC, ao indeferir o pedido por si formulado de prorrogação do prazo para responder à NI, violou o seu direito de defesa. ---

Ora a decisão da AdC que indeferiu os seus pedidos de prorrogação foi escrita e dela foi a arguida notificada a 20 de Novembro de 2008. Se a Unisef entendia que o despacho em causa era ilegal podia e devia ter dele interposto recurso, no prazo de 20 dias, como, aliás, fez a Eurest e as restantes arguidas do processo. A possibilidade de recurso de despachos interlocutórios está expressamente prevista nos arts. 50º, nº 2, da LdC e 55º, nº 1, do RGCO, conforme supra referido, sendo o prazo de recuso o previsto no art. 411º, nº 4, do Cod. Proc. Penal (20 dias). Não tendo a arguida interposto atempadamente recurso de tal despacho, não pode agora questionar o mesmo e pretender, com base numa alegada nulidade ocorrida à data, anular agora todo o processado subsequente à nota de ilicitude. ---

Mas, mesmo que assim não fosse, o certo é que outro motivo leva a que tal despacho não possa agora ser atacado. Efectivamente, parece a arguida ter olvidado que o despacho de 19 de Novembro da AdC foi revogado por outro despacho da mesma autoridade de 8 de Janeiro de 2009. ----



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisbon
Telef. 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.N.º 262/10.5TYLSB

Ora o art. 62º do RGCO, pensado para as decisões finais e respectivos recursos mas aplicável por analogia às decisões intercalares (art. 10º do Cod. Civil), prevê expressamente a possibilidade de a autoridade administrativa poder revogar o despacho recorrido antes de enviar os autos ao Ministério Público. Assim, por força do citado art. 62º, o despacho recorrido podia ser revogado. ---

Como é sabido, em termos gerais, para o acto de revogação ser considerado válido e eficaz, têm de se verificar dois elementos: ser ele realizado pelo sujeito ou sujeitos que efectuaram o acto revogado, e ter o fim de obstar a que este produza os seus efeitos (neste sentido v. Vaz Serra, R.L.J., 112º- 30). ---

O acto de revogação aqui em causa foi praticado pela entidade que praticou o acto revogado e teve como objectivo impedir a produção dos efeitos do mesmo: o despacho revogado indeferia o pedido de prorrogação do prazo de resposta à nota de ilicitude e o despacho revogatório concedeu novo prazo de 30 dias não para apresentar a resposta, já que esta já estava apresentada, mas para complementar a mesma. ---

Assim sendo, verificados os elementos legalmente exigíveis para que a revogação produza os seus efeitos e por nada ter sido sequer alegado em contrário, tal revogação é válida. ---

Sendo a revogação válida o acto recorrido deixou de ter existência jurídica a partir do momento em que foi revogado. Com efeito, a partir desse momento, a decisão primitiva foi substituída por uma nova decisão, que concedeu um prazo adicional de 30 dias, e é esta que passa a produzir os seus efeitos. ---

Por força de tal revogação o despacho alegadamente ilegal deixou de subsistir pelo que nunca se poderia agora considerar o mesmo ilegal. ---

Por sua vez, o despacho de 8 de Janeiro de 2008 é também neste momento insusceptível de ser posto em causa dado que há muito decorreu o prazo concedido às



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I, Nº 1.08.01 C. 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

arguidas para dele recorrerem ao abrigo dos citados arts. 55º do RGCO e 50º, nº 2, da LdC. ---

Mas, ainda que não se considerasse que a pretensão das arguidas Eurest e Uniself não podia proceder pelas razões invocadas, o certo é que, no entender do Tribunal, o prazo total concedido pela AdC foi um prazo razoável. ---

Nos termos do disposto no art. 26º, nº 1, da LdC, cabe à AdC, ao notificar as arguidas da nota de ilicitude, fixar-lhes “um prazo razoável para que se pronunciem por escrito sobre as acusações formuladas e demais questões que possam interessar à decisão do processo, bem como sobre as provas produzidas, e para que requeiram as diligências complementares de prova que considerem convenientes”.

A citada disposição legal limita-se a impor que seja concedido o contraditório sem referir qual o prazo a conceder para o efeito, i.e., sem definir o que se deve entender por prazo razoável, sendo a fixação desse prazo deixada ao critério da AdC que terá de o estabelecer de acordo com critérios de razoabilidade em função do caso concreto. ---

A AdC começou por dar às arguidas o prazo de 30 dias úteis para resposta à NI, prazo que, admite-se, é curto face à extensão e complexidade quer da própria decisão em causa quer do processo. Sucede que antes mesmo dos pedidos das arguidas darem entrada na autoridade, tal prazo veio a ser prorrogado por 20 dias úteis, o que corresponde a um prazo total de 50 dias úteis, equivalente a 66 dias de calendário. Posteriormente, por decisão de 8 de Janeiro de 2009, veio a ser concedido às arguidas um novo prazo de 30 dias úteis. ---

Acresce que o processo esteve disponível para consulta pelas arguidas, consulta que esta que foi efectuada várias vezes, as arguidas pediram várias cópias que lhes foram concedidas e obtiveram cópia digitalizada do processo. Saber se o processo



Tribunal do Comércio de Lisboa

2.º Juízo

Av. D. João I I, N.º 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.º 262/10.5TYLSB

esteve integralmente disponível desde o dia em que a NI foi notificada, se o esteve sempre e a todas as horas e se às arguidas foram dadas atempadamente todas as cópias solicitadas, é questão diversa, objecto também de arguição de nulidade, e que se conhecerá a seu tempo. Para o efeito aqui a considerar basta atender ao facto de o processo estar disponível para consulta, de ter sido efectivamente consultado e de às arguidas terem sido facultadas as cópias solicitadas. ---

Tendo em conta este circunstancialismo, no entender do tribunal o prazo total concedido às arguidas para se pronunciarem sobre a NI (sendo aqui irrelevante a questão de o prazo ter sido concedido de uma só vez ou ter sido prorrogado a pedido da arguida) foi um prazo razoável e apto a que estas apresentassem as suas respostas, isto é, para que exercessem o seu direito de defesa. ---

E tanto assim é que todas as arguidas apresentaram defesa escrita, extensa, na qual se pronunciaram sobre todas as questões equacionadas na NI, tendo sido por todas apresentada prova e requerida, por uma delas, a produção de diligências complementares de prova. Analisadas as respostas verifica-se, ainda, que todas as arguidas rebatem exaustivamente as imputações que lhes são feitas, contestam a análise e interpretação que a AdC faz dos factos e apresentam a sua própria versão dos mesmos. ---

Acresce que não podemos esquecer que às arguidas foi concedido em Janeiro de 2009 um novo prazo para apresentação de defesa escrita, prazo esse que foi aproveitado pelas arguidas a quem foi assim dada a possibilidade de completar a defesa anteriormente apresentada. ---

Do exposto resulta evidente que as arguidas foram ouvidas antes da decisão final em obediência ao preceituado nos arts. 50.º do RGCO e 32.º, n.º 10 da Const. Rep. Portuguesa, tendo-lhes sido concedido prazo razoável para exercerem o seu direito de pronúncia.. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D João II, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

Por conseguinte, julgo improcedentes os vícios suscitados pelas arguidas Eurest e Uniself. ---

*

* *

* * *

C - Não notificação dos co-arguidos para as diligências de instrução e possibilidade de assistência aos actos de instrução

A arguida Uniself entende que a AdC, ao não a notificar da data designada para a audição oral da co-arguida Eurest e ao não a deixar participar na mesma, praticou uma nulidade insanável por violação do seu direito de defesa ou, se assim não se entender, uma nulidade sanável nos termos do art. 120, nº 2, al. b), do Cod. Proc. Penal. ---

Importa nesta sede considerar a seguinte facticidade: -----

1 – No dia 1 de Setembro de 2008 a AdC deduziu a nota de ilicitude junta a fls. 30293 que aqui se dá por integralmente reproduzida. ---

2 – Notificadas as arguidas da nota de ilicitude, a arguida Eurest solicitou a realização de uma audição oral ao abrigo do disposto no art. 26º, nº 2, da LdC. ---

3 – Tal audição oral foi designada pela AdC para dia 19 de Março de 2009 (fls. 50324) ----

4 – A Uniself, na defesa apresentada a 19 de Fevereiro de 2009, requereu à AdC, a sua notificação para as diligências probatórias que viessem a ser designadas (fls. 4970). ---

5 - Requerimento que voltou a formular em 6 de Março de 2009 (fls. 50337). ---

6 – No dia 19 de Março de 2009 a Uniself, através do seu mandatário, compareceu na AdC e apresentou novo requerimento solicitando que fosse deferido o seu pedido de estar presente na audição oral da Eurest (fls. 50387 e 50400). ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2.º Juízo

Av. D. João II, N.º 1 08.01 C, 3.º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: tsbca.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 262/10.5TYLSB

7 – Tal requerimento foi indeferido por despacho de 19 de Março de 2009 nos seguintes termos (fls.50403): ---

"Aos 19 dias de Março de 2009, e tendo comparecido na audição oral da arguida EUREST, requerida tempestivamente por esta nos termos e para os efeitos do n.º 2 do art. 26.º da lei n.º 18/2003 de 11 de Junho, sem para o efeito ter sido deferida a sua presença na mesma diligência, conforme requerido a 6 de Março de 2009, deu entrada nos autos do processo contra-ordenacional n.º PRC 02/07, novo requerimento subscrito pelo Mandatário da arguida Uniself e outro, todos melhor identificados nos autos, pelo qual se requer, novamente, o deferimento da comparência do mesmo em tal diligência.

Vistos os requerimentos e os fundamentos em termos de Direito apresentados em seu suporte, que não consubstanciam o direito dos de co-arguidos à presença na audição oral prevista no n.º 2 do art. 26.º da Lei 1872003, de 11 de Junho, bem como a necessidade de assegurar o correcto desenrolar da diligência e evitar a perturbação da mesma, indefere-se a presença da referida mandatária na audição oral da arguida EUREST, sem prejuízo de se garantir, pelos meios considerados adequados, o respeito do princípio do contraditório, nos termos e para os efeitos do n.º 4 do artigo 26.º da referida Lei, pela disponibilização nos autos do auto de transcrição da respectiva audição." ---

10 – A audição da arguida EUREST realizou-se no dia 19 de Março, tendo sido lavrado um auto junto a fls. 50387 e cujo teor aqui se dá por inteiramente reproduzido.

11 – No decurso da referida audição foi efectuada por parte da Eurest uma apresentação em "power point" cujos slides se encontram juntos a fls. 50424 e que aqui se dão por reproduzidos. ---

12 – Na audição estiveram presentes, em representação da arguida Eurest as pessoas identificadas a fls. 50387. ---

13 – Por carta datada de 26 de Março de 2009 e recebida a 30 do mesmo mês a AdC comunicou à Uniself o auto da audição da Eurest e respectivos anexos, concedendo-lhe o prazo de 10 dias úteis para se pronunciar (fls.50502). ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João II, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef. 218360080 Fax: 211545180 Mail. lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.º 262/10.5TYLSB

14 - A Uniself interpôs recurso, ao abrigo do disposto no art. 55º do RGCOG do despacho da AdC referido em 7), recurso que se encontra a correr termos sob o nº 504/09.5TYLSB no 1º juízo deste tribunal e no qual ainda não foi, até à data, proferida decisão final (consulta no Citius). ----

*

A questão decidenda foi já conhecida por este tribunal designadamente no recurso interposto pela Sodexo do despacho da AdC de 19 de Março de 2009 (Proc. 648/09TYLSB deste 2º juízo). Na sentença ali proferida em 28 de Julho de 2009, transitada em julgado, foi apreciada a actuação da AdC no que a esta questão respeita, tendo-se concluído não ter sido cometida qualquer nulidade ou sequer irregularidade. Mantendo-se inalterada a apreciação fáctica e jurídica que ali se fez, transcreve-se parte daquela decisão: --

“Alegam as arguidas que a AdC, ao não permitir a sua presença na audição oral da arguida EUREST violou as alíneas a) e f) do art. 61º do Cod. Proc. Penal. Fundamenta o alegado no facto de na audição oral terem sido discutidos diversos aspectos económicos do processo e terem ficado impedidas de "avaliar, influir, corroborar ou contraditar o que fosse referido quanto a essas matérias" e de ter sido produzida prova pericial, acto que respeita a todas as arguidas e sobre o qual as mesmas têm o direito de exercer o contraditório, tendo ficado impedidas de pedir esclarecimentos, formular quesitos e de designar um consultor técnico para as acompanhar na diligência. ---

Face à argumentação das arguidas antes de mais há que esclarecer se o "estatuto do arguido" previsto no art. 61º do Cod. Proc. Penal é aplicável nos processos de contra-ordenação. (...) Pode assim afirmar-se que as regras processuais penais não têm aplicação *in totum* no direito contra-ordenacional, como não poderia deixar de ser sob



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I I, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tconi@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.STYLSB

pena de não haver qualquer diferenciação entre os dois tipos de ilícito, diferenciação essa que, como vimos já, existe e é significativa. ---

Tendo patente esta diferença de natureza de ilícito [penal e contra-ordenacional] e, conseqüentemente, de regime, temos de concluir não só que não há a obrigatoriedade de constituição formal de arguido no domínio contra-ordenacional como que o leque de direitos e deveres do arguido no processo penal não é aplicável neste domínio, ou seja, a não inclusão no RGCOC de uma norma prevendo a constituição de arguido e elencando os seus direitos e deveres foi intencional, não se tratando de uma lacuna. --- (...)

Não tendo lugar a constituição formal de arguido nem se aplicando o art. 61º do Cod. Proc. Penal, não assiste razão à arguida quando invoca a existência de uma nulidade por violação do citado art. 61º. ---

A existir uma nulidade a mesma resultaria da violação do art. 50º do RGCOC já que é este preceito que consagra o direito de defesa dos arguidos em processo de contra-ordenação. --- (...)

Importa agora esclarecer em que se traduz a audição oral, acto em que as arguidas foram impedidas de participar. ---

Concretizando o direito consagrado no art. 50º do RGCOC a Lei 18/03, no seu artigo 25º, nº 1, al. b), dispõe que *Terminado o inquérito, a Autoridade decidirá Dar início à instrução do processo, através de notificação dirigida às empresas ... arguidas sempre que conclua, com base nas investigações levadas a cabo, que existem indícios suficientes de infracção às regras de concorrência.* --

Por sua vez o art. 26 da mesma Lei prescreve que:

1 - *Na notificação a que se refere a alínea b) do nº 1 do artigo precedente, a Autoridade fixa às arguidas um prazo razoável para que se pronunciem por escrito sobre as acusações formuladas e as demais questões que possam interessar à decisão*



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.com@tribunais.org.pt

Proc.N.º 262/10.STYLSB

do processo, bem como sobre as provas produzidas, e para que requeriam as diligências complementares de prova que considerem convenientes.

2 - A audiência por escrito a que se refere o número anterior pode, a solicitação das empresas ou associações de empresas arguidas, apresentada à Autoridade no prazo de cinco dias a contar da notificação, ser completada ou substituída por uma audiência oral, a realizar na data fixada para o efeito pela Autoridade, a qual não pode, em todo o caso, ter lugar antes do termo do prazo inicialmente fixado para a audiência por escrito.

3 - A Autoridade pode recusar a realização de diligências complementares de prova sempre que for manifesta a irrelevância das provas requeridas ou o seu intuito meramente dilatatório.

4 - A Autoridade pode ordenar oficiosamente a realização de diligências complementares de prova, mesmo após a audiência a que se referem os n.º 1 e 2, desde que assegure às arguidas o respeito pelo princípio do contraditório. ---

Da leitura das disposições citadas resulta claramente que a audiência oral não é um meio de prova mas sim o exercício do direito de defesa. Com efeito, a audiência oral é um meio que o legislador dá às arguidas de substituir ou completar a sua defesa escrita, ou seja, de apresentar os argumentos que entenderem e que contradizem a imputação que lhe é feita na nota de ilicitude. ---

Assim, notificadas as arguidas da nota de ilicitude, no prazo que lhe for fixado pela AdC podem responder por escrito ou solicitar que essa resposta seja oral ou, ainda, responder por escrito e requerer o complemento dessa resposta escrita através de uma audiência oral. —

Esta audiência oral é, pois, distinta de um interrogatório de arguido ou de um debate instrutório. Requerida a audiência oral a mesma é agendada pela AdC e no



Tribunal do Comércio de Lisboa
2º Juízo

Av. D. João II, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef. 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa_tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.STYLSB

decurso da diligência a arguida expõe os seus pontos de vista do modo que entender mais adequado. Não há lugar à inquirição da arguida nem são colocadas quaisquer perguntas perante a sua exposição. E, no caso dos autos, foi este o procedimento adoptado pela AdC conforme se pode ver do auto lavrado de onde resulta que a AdC não colocou qualquer questão, tendo-se limitado a ouvir a exposição da arguida. ---

É certo que, tal como sucede com a resposta escrita, juntamente com a resposta oral pode a arguida juntar ao processo documentos, e, nessa medida, produzir prova. Mas daqui não resulta que a audição seja, em si mesmo, uma diligência probatória tal como não o é a resposta escrita apresentada pela arguida.

Tendo presente esta ideia fica desde logo afastada a pretensão das ora recorrentes: às mesmas não assiste o direito a estar presente na audição de uma qualquer co-arguida. ---

E, de facto, esta conclusão em nada prejudica os seus direitos. Efectivamente, tendo em consideração a natureza da diligência em causa, é manifesto que em nada ficam as recorrentes prejudicadas. Não se trata de acto no qual sejam discutidos quaisquer aspectos da contra-ordenação que lhe é imputada: a diligência não tem em vista a discussão do que quer que seja mas tão só uma exposição da posição de uma arguida. De igual modo não se trata de diligência na qual as recorrentes pudessem intervir de qualquer modo, isto é, nunca as recorrentes poderiam colocar questões, solicitar esclarecimentos ou fazer qualquer tipo de apreciações. ---

De igual modo e ao contrário do que pretendem as recorrentes não foi produzida qualquer prova pericial pelo simples facto de que não se tratou de uma diligência probatória. A prova pericial está regulada nos arts. 151º e segs. do Cod. Proc. Penal e é, verdadeiramente, um meio de prova. Ora a diligência aqui em causa não se destinou a produzir qualquer tipo de prova, pericial ou outra. A arguida fez-se representar por quem entendeu e esses seus representantes fizeram a exposição que entenderam



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João II, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef 218360080 Fax 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

conveniente, com recurso a uma apresentação em *power point*. Tratou-se, repito, do exercício do direito de defesa e não da produção de prova. Logo, nunca as ora recorrentes poderiam fazer-se assistir por qualquer técnico nem poderiam colocar questões ou pedir esclarecimentos. ---

A alegação (não demonstrada aliás) de que do auto de transcrição nada consta quanto à efectiva produção da prova pericial bem como quanto às questões que eventualmente tenham sido suscitadas e discutidas é, pois, inconsequente. Nada consta do auto pelo simples facto de que nada há para constar: não foi produzida prova pericial nem foram colocadas e discutidas quaisquer questões. ---

Face a todo o exposto, não houve qualquer violação dos direitos das arguidas: não só as mesmas não têm o direito a estar presentes nas audições orais das co-arguidas como estas audições não são um meio de prova mas tão só o exercício do direito de resposta. Logo, não tinham as recorrentes de ser notificadas da data designada para a audição da EUREST." ---

Na mesma sentença, após explanado o conteúdo do direito de audiência e defesa, foi ainda apreciada a eventual violação do princípio do contraditório e direito de defesa nos seguintes termos: "Relativamente à restante argumentação, antes de mais há que precisar que o direito ao contraditório não é um direito distinto do direito de defesa, como parece ser o entendimento das arguidas. Conforme já referido, o direito de defesa é um direito que decorre do princípio geral do contraditório. O direito de defesa consagrado constitucionalmente é ele próprio a expressão do direito ao contraditório. Trata-se, pois, de um único direito com várias vertentes. ---

Ora, conforme se referiu supra a propósito da alegada violação do estatuto do arguido, às ora recorrentes não assistia o direito a estar presente na audição da EUREST e, caso fossem admitidas a estar presentes, nunca poderiam ter qualquer tipo



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João II, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

de intervenção, isto é, não poderiam colocar questões, suscitar esclarecimentos ou fazer qualquer tipo de contradita dado não estar em causa uma diligência de prova. ---

A AdC, após proceder à audição da EUREST, notificou as ora recorrentes do auto respectivo e dos documentos juntos no acto pela EUREST e concedeu-lhe um prazo para se pronunciar querendo. Com esta actuação a AdC salvaguardou na íntegra o princípio do contraditório: deu às recorrentes conhecimento da defesa oral apresentada pela co-arguida e permitiu-lhes que sobre ela se pronunciassem. Com esta notificação a AdC garantiu, pois, às recorrentes o exercício do seu direito de defesa.” --

Mantendo os argumentos expostos plena actualidade e pertinência, tal como se concluiu na referida decisão aqui se concluir que a AdC ao não permitir à Uniself assistir à audição oral da Eurest não cometeu qualquer ilegalidade nem violou qualquer direito da arguida. ---

Consequentemente, se às arguidas não assistia o direito a estar presente da diligência de audição oral da co-arguida Eurest, é evidente que não tinham de ser notificadas pela AdC nem da data em que tal audição se iria realizar nem de que podiam a ela assistir. --

Assim, julgo improcedente a arguida nulidade. ---

*

* *

* * *

D - Da não valoração das provas produzidas pela Gertal

Alega a Gertal que a AdC não valorou um conjunto significativo de documentos que por si foram juntos aos autos, documentos esses relevantes para afastar o preenchimento do elemento objectivo do tipo já que documentavam a inexistência da aptidão anti-concorrencial do acordo, tendo a AdC desconsiderado os mesmos, abstendo-se de efectuar qualquer apreciação sobre o seu conteúdo, por entender que os



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I I, N.º 1 08 01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef. 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

factos que tais documentos se propunham provar eram irrelevantes para efeitos de verificação do ilícito. ---

Com esta actuação violou a AdC os arts. 50º do RGCO, 127º do Cod. Proc. Penal e 32º, nº 2 e 10 da Constituição, disposições que impõem uma efectiva análise e valoração da prova produzida pela arguida como elemento essencial do seu direito de defesa. ---

Nas suas alegações responde a AdC que não assiste razão à arguida uma vez que na decisão final foi considerada toda a prova havendo inclusive, ao longo da mesma, referências várias aos documentos juntos pela arguida. Sucede que o valor probatório dos referidos documentos não é o pretendido pela arguida, tendo a Autoridade, sopesando toda a prova dos autos, concluído pela prática da infracção. ---

Para analisar esta questão há que considerar, face às provas concretamente referidas pela arguida, os seguintes factos: ---

1 - Com a resposta à NI a Gertal juntou aos autos um conjunto de documentos, incluindo, sob os nº 68 a 102, 104 e 106, os documentos juntos aos autos a fls. 36644 e seguintes, que aqui se dão por reproduzidos. ---

2 - Com tais documentos pretendia a arguida demonstrar “que os dados contidos nos mapas de aberturas e fechos de unidades trocadas entre os comerciais das arguidas eram públicos, tinham sido publicados, eram relativos à eventos passados e não tinham carácter sensível, não integrando assim a previsão do nº I do artigo 4º da LdC” (folha 15/16 das alegações de recurso). ---

3 - No art. 59º da decisão recorrida a AdC refere que: “Nenhum dos documentos juntos pelas arguidas justifica a troca de informações comerciais entre as mesmas, de que resulta prova exaustiva nos autos, nem impede ou prejudica, considerados individualmente ou em conjunto, conclusão diversa daquela que foi notificada às arguidas pela Nota de Ilícitude



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João II, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

quanto a qualquer uma das infracções imputadas, como melhor resulta da análise crítica da prova, adiante realizada.”. ---

4 – No art. 498º da decisão a AdC refere que: “As arguidas alegam que essas mesmas informações podiam ser obtidas através de publicações periódicas, pelos anúncios de adjudicação de contratos, através da participação em procedimentos contenciosos de impugnação dos procedimentos concursais e mesmo através de publicações de natureza publicitária ou promocional, editadas pelas arguidas (exemplificando com os “boletins” publicados pela arguida Eurest).”.

5 - No art. 499º da decisão a AdC refere que: “Todavia, as informações relativas à adjudicação por entidades públicas no âmbito de procedimentos de contratação não são disponibilizadas nos termos e condições de sistematização e agregação idênticas às constantes dos autos, e nem toda a informação disponibilizada é decorrente de concursos públicos, cfr., por exemplo, fls. 5078 e segs., e 5100 e segs.”. ---

6 - No art. 500º da decisão a AdC refere que: “Por outro lado, a utilização das informações provenientes de tais fontes “livremente acessíveis” impunha o processamento de diversas fontes de informação, implicando necessariamente um encargo e a utilização de recursos, humanos e materiais, que as arguidas em momento algum demonstram ter realizado. Demonstração que seria tão mais importante quando se prova, para lá de qualquer dúvida, que essas informações não eram recolhidas de tais fontes “livremente acessíveis” mas sim recebidas directamente pelas empresas concorrentes envolvidas no intercâmbio de informações.”. -

7 – Ao longo dos arts. 501º a 543º a AdC refere todos os elementos de prova com base nos quais conclui que: “As informações em causa, nos termos em que eram trocadas entre as arguidas, não se encontram livremente disponíveis, nem eram acessíveis às empresas concorrentes. Também não são objecto, enquanto informação agregada e sistematizada, de qualquer tipo de publicação oficial ou oficiosa, nem as empresas participantes na troca de informações poderiam aceder às mesmas, em especial nos termos e



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.STYLSB

condições de que beneficiavam, senão através deste sistema de intercâmbio de informações.” (art. 497º). ---

8 - No art. 679º da decisão a AdC refere que: “Todavia, as arguidas negligenciaram, na sua linha de argumentação defensiva, que a multiplicação de fontes de informação, a sua publicação irregular ou não conjugada com a de outras fontes de informação, para além de cada uma destas mesmas fontes conter informações ou elementos sem qualquer relevância para a conduta comercial das arguidas, como se demonstra pela mera observação dos elementos juntos aos autos pelas arguidas em suporte das suas afirmações, os anúncios de adjudicação relevantes para as arguidas estão misturados com dezenas de outros anúncios sem qualquer interesse para este mercado, ou surgem associados em suportes informativos onde, juntamente com informações relativas a concursos ou adjudicações, surgem publireportagens sobre eventos gastronómicos, receitas e fotografias, anúncios de festas e reprodução de cartas de leitores.”. ---

9 - No art. 682º da decisão a AdC refere que: “Mesmo que tais elementos contivessem toda a informação trocada — o que não corresponde à verdade, uma vez que não incluem informação relativa a adjudicantes privados ou não sujeitos às regras da contratação pública, e não apresentam todas as informações circuladas pelas empresas arguidas, como as empresas concorrentes preteridas e as quantidades efectivamente adjudicadas, por exemplo —, os próprios elementos juntos pelas arguidas em sua defesa permitem concluir que um sistema de troca de informações como o verificado nos presentes autos permitia às empresas envolvidas uma vantagem concorrencial sobre as demais concorrentes (não envolvidas na troca de informações e que teriam de suportar, isoladamente, os custos de obtenção, agregação e sistematização da informação) e um conhecimento do mercado que só através do processamento de massas de informação dispersa e de várias fontes, abrangendo todo o território nacional, e com regularidade diferente consoante a publicação em causa, seria possível obter.”. ---

10 - No art. 683º da decisão a AdC refere que: “Assim se conclui pelo facto de as empresas, não obstante alegarem poder aceder a tais informações por outras vias, não



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João II, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

prescindirem nunca da troca de informações demonstrada nos autos — nem se poderia compreender, de outra forma, que empresas concorrentes, *agressivamente concorrentes*, nas alegações das arguidas — aceitassem manter um mecanismo de cooperação recíproco durante um período de tempo tão prolongado se não retirassem do mesmo benefícios para a sua actividade e para a definição da sua estratégia comercial, quando poderiam, alegadamente, obter as mesmas informações por outras fontes.”. ---

11 - No art. 686º da decisão a AdC refere que: “Acrece que a informação em causa era detalhada, por cada empresa concorrente, e não se encontra acessível publicamente, nos termos sistematizados e agregados em que decorria a troca entre as empresas, mas apenas através de fontes dispersas ou de difícil e dispendiosa agregação, como o que resultaria da necessidade de concorrer a todas os concursos para obter informações relativamente às propostas apresentadas pelas concorrentes, obter informações das acções de impugnação contenciosa de concursos públicos ou análise e sistematização de informações recolhidas em publicações especializadas.”. ---

12 - No art. 687º da decisão a AdC refere que: “Por outro lado, disponibilizando informação que, ao contrário do alegado por algumas arguidas (cfr. as pronúncias escritas das arguidas Eurest, Uniself e Trivalor, em especial), não era pretérita (no sentido de ter apenas um interesse histórico) mas sim recente, com algumas semanas ou meses de intervalo face ao evento relevante e que não era transmitida individualmente (concurso a concurso, por exemplo), outrossim de forma sistematizada e agregada, as arguidas tinham acesso a um factor relevante na determinação da sua própria política comercial e de preços, tendo em conta o comportamento recente das restantes concorrentes no mercado ou nos segmentos de mercado relevantes.”. ---

13 - No art. 696º da decisão a AdC refere que: “Nenhuma destas fontes de informação substitui a troca de informações agregada e sistematizada nos termos em que era transmitida entre as diversas arguidas, não sendo sequer realista admitir, como alegado, v.g., pela arguida Trivalor, que estas empresas pudessem participar em dezenas ou centenas de procedimentos concursais em todo o território nacional com o propósito de obter informação



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I I, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1950-097 Lisboa
Telef. 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa_tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

que, de qualquer forma, irão receber das suas próprias concorrentes, graça ao seu esquema de troca de informações.”. ---

14 - No art. 697º da decisão a AdC refere que: “Por outro lado, não é verdade que as arguidas disponibilizassem esta informação a outros concorrentes, aos próprios adjudicantes ou através dos seus sítios de internet ou publicações periódicas por si promovidas. Não se identificam aí todos os clientes, mas apenas aqueles mais representativos, nem o número de refeições contratado e fornecido por cliente e respectivo preço unitário, duração do contrato de fornecimento e identificação do fornecedor anterior.”. ---

15 - No art. 698º da decisão a AdC refere que: “Atente-se, por exemplo, às defesas das arguidas Uniself e Trivalor, ambas invocando a “gazeta” da arguida Eurest, uma publicação de carácter publicitário-informativo editado por esta arguida, e a qual, segundo a referência da arguida Uniself (cfr. §§ 320 e segs.) divulgava “informação não só relativa a acções promovidas interna e externamente pela empresa como também referente a novas unidades abertas pela Eurest”. ---

16 – Na nota 22 da decisão a AdC refere. “Bastando para esse efeito cotejar os índices das “Gazetas” e os seus concretos conteúdos, aportadas aos autos, v.g., pela arguida Uniself para se concluir pela irrelevância, no que ao conhecimento do mercado respeita, das informações nelas constantes (cfr. fls. 49313 e segs.). Tais elementos, bem como outros de natureza equivalente, foram igualmente juntos aos autos por outras arguidas no exercício do seus direitos de audição e defesa.”. ---

17 – Na decisão recorrida a AdC fundamenta a conclusão de que havia entre as arguidas um intercâmbio de informações nos seguintes termos: “não só dos elementos documentais reunidos nos autos, como do cotejo das declarações reunidas nos autos dos representantes legais das empresas arguidas, que não só admitem tal troca de informação, como os objectivos da mesma.” (art. 711º). ---

18 – No art. 740º da decisão a AdC resume a argumentação das arguidas, incluindo na alínea D) as da Trivalor, nos arts. 744º a 828º analisa a prova produzida



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I, N.º 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.º 262/10.5TYLSB

(declarações do co-arguido requerente da clemência, das testemunhas e dos restantes elementos dos autos) e nos arts. 829º a 853º faz a análise do conjunto da provas e extrai as suas conclusões. ---

*

Da factualidade supra exposta resulta claro que a AdC apreciou e valorou a prova produzida pela Gertal. Com efeito, a AdC para além, de na decisão, se referir aos documentos juntos de forma genérica e esclarecer que, em seu entender, tais documentos não eram aptos a justificar a troca de informações comerciais entre as arguidas (art. 59º), rebate, ao longo da decisão e designadamente nos artigos supra citados, a relevância que a arguida lhes pretende dar. É certo que a AdC não realizou o exercício de análise de cada documento individualmente considerado nem referiu, relativamente a cada um, a razão pela qual entendia que o mesmo não tinha o valor pretendido pela arguida. Mas o certo é que a AdC fez uma apreciação geral sobre os mesmos ao concluir que, face à restante prova produzida, os mesmos não são aptos a questionar a existência de um sistema de troca de informações, a demonstrar que toda a informação objecto de troca entre as arguidas era do domínio público, a demonstrar que a informação em causa respeitava a eventos passados ou a demonstrar que a informação trocada não era sensível. É, pois, claro que os documentos em causa foram analisados e valorados pela AdC tendo esta, face à restante prova produzida, desconsiderado os mesmos. ---

O que sucede é que a AdC não retirou dos documentos juntos as conclusões que a arguida pretendia que deles retirasse. Ora saber se os elementos probatórios foram ou não bem valorados é questão de julgamento que não está em apreciação nesta sede. Aqui o que importa é saber se os elementos foram ou não valorados e a resposta a esta questão é positiva. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef 218360080 Fax 211545180 Mail lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

Como já foi suficientemente explicado, o direito de audiência e defesa plasmado no art. 50º do RGCO e 32º, nº 10, da Constituição, é o direito que assiste ao arguido de não lhe ser aplicada uma punição sem que lhe seja dada uma concreta e efectiva possibilidade de se pronunciar sobre a infracção que lhe é imputada, direito que abrange, sem dúvida, a possibilidade de apresentar prova. ---

Mas, no que a este aspecto concerne, o direito não vai mais longe do que isto, ou seja, não se estende à valoração da prova. A valoração que depois é dada à prova produzida pela arguida é questão de todo alheia aos direitos de defesa, é questão de julgamento. Aliás, a aceitar-se o entendimento da arguida teríamos de concluir que sempre que o tribunal condena um arguido que nega a prática dos factos ou sempre que o Tribunal desvaloriza um meio de prova favorável ao arguido, seja documental ou testemunhal, estaria a violar os seus direitos de defesa. ---

Em suma, o facto de a AdC não ter “valorado” os argumentos apresentados pela arguida e considerado, com base nos mesmos, que esta não tinha praticado a contra-ordenação que lhe é imputada, não constitui qualquer violação dos seus direitos de defesa. ---

Aliás, a haver aqui qualquer vício o mesmo nunca relevaria em sede de violação dos direitos de defesa da arguida mas, quando muito, em sede de falta de fundamentação da decisão recorrida. Sucede que a este propósito a jurisprudência, quer nacional quer comunitária, é uniforme. “Não se verifica omissão de pronúncia quando o Tribunal não aprecia todos os argumentos invocados pela parte em apoio das suas pretensões que vem a conhecer, mas só quando o juiz deixa de se pronunciar sobre questões que lhe foram submetidas pelas partes ou de que deve conhecer officiosamente, entendendo-se por questões os problemas concretos a decidir e não os simples argumentos, opiniões ou doutrinas expendidos pelas partes na defesa das teses em presença” (Ac. STJ de 25.05.06, Proc. 06P1389 e demais jurisprudência nele



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef. 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 262/10.5TYLSB

citada); “Em particular, a Comissão não é obrigada, na fundamentação de uma decisão que rejeita uma denúncia por violação das regras da concorrência, a tomar posição sobre todos os argumentos que os interessados invoquem em apoio do seu pedido, mas basta que exponha os factos e as considerações jurídicas que assumam uma importância essencial na economia da decisão” (Ac. do TPI de 12.12.06, Proc. T-155/04, § 118 e demais jurisprudência comunitária citada no referido aresto). ---

Ora a AdC, na decisão recorrida, expõe o seu entendimento sobre todos os factos relevantes para a imputação da infracção à arguida, sendo evidente que discorda desta quanto à apreciação que fez de vários factos e da respectiva subsunção jurídica, bem como quanto ao valor probatório dos documentos juntos com a resposta à nota de ilicitude. É, pois, indiscutível que a AdC conheceu das questões relevantes no processo. Se ao conhecê-las, apreciou ou não todos os argumentos invocados pela arguida, é irrelevante para este efeito. ---

Em suma, o facto de a AdC não ter apreciado e valorados os argumentos e documentos apresentados pela arguida no sentido por esta pretendido não constitui qualquer violação aos direitos de defesa da arguida. ---

Assim, julgo improcedente a suscitada nulidade. ---

*

* *

* * *

E - Da Não realização de diligências probatórias requeridas pelos arguidos

A arguida Gertal invoca a violação dos arts. 26º, n.º 1 e 3 da LdC, 50º do RGCO, 127º, do Cod. Proc. Penal e 32º, n.º 10, da CRP, na medida em que requereu à AdC a realização de determinadas diligências complementares de prova e que a AdC não procedeu à sua realização. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I, Nº 1.08.01 C. 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef 218360080 Fax 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

Refere que com as provas requeridas pretendia “obter elementos, de que não dispunha, que completavam a demonstração que se propôs fazer dos erros da análise efectuada pela AdC”, por um lado, e demonstrar factos que punham em causa a “credibilidade e isenção” dos declarantes que prestaram depoimento neste processo”. --

Para tanto requereu a arguida, na resposta à nota de ilicitude, que a AdC oficiasse a diversas entidades adjudicantes de vários concursos referenciados pela AdC para juntar elementos, de que não dispunha, relativos os procedimentos concursais e que notificasse a co-arguida Eurest para que esta juntasse aos autos os processos disciplinares promovidos contra os declarantes que prestaram depoimento no processo.

Nas suas alegações a AdC pugna pelo indeferimento da suscitada nulidade invocando que a Gertal poderia ter junto em qualquer momento outros elementos de prova, que não fundamentou o seu requerimento em termos da relevância que os elementos em causa tinham para o apuramento dos factos e esclarecimento da verdade, que as diligências em causa eram dilatórias e irrelevantes para o apuramento dos factos, relevando apenas “para a avaliação dos efeitos e vantagens económicas eventualmente obtidas pela infracção imputada e, como tal, para a determinação da medida concreta da coíma”. Conclui que “não se tratando de meios de prova com relevo para a condenação ou absolvição (ou outro elemento relevante para apuramento de responsabilidade ou determinação da sanção aplicável) não se vislumbra qualquer prejuízo para a defesa da arguida, que sempre os poderia ter solicitado às entidades referidas”. ---

Relativamente aos processos disciplinares, diz a AdC que “os motivos pelos quais os vínculos laborais entre a co-arguida indicada e as testemunhas referidas cessaram (...) não relevam para o apuramento dos factos que conduziram à notificação dos arguidos ou para a apreciação da prova dos mesmos, não se apurando em que



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João II, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Tctel: 213260080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

medida tais vínculos e respectivas cessações teriam efeitos sobre os depoimentos constantes dos autos ou a credibilidade dos mesmos, já que motivo algum constituiriam para imputar a prática de infracções contra-ordenacionais a empresas que não a sua antiga entidade empregadora”. ---

Para conhecer do vício invocado importa considerar a seguinte factualidade: ---

1 - Na resposta à NI apresentada pela Gertal a 21 de Novembro de 2008, junta aos autos a fls. 33434 e cujo teor aqui se dá por reproduzido, a arguida requereu à AdC a realização das seguintes diligências de prova: ---

a) “Cópia dos processos disciplinares e demais documentação relevante para compreensão das causas que determinaram o despedimento ou a cessação da relação contratual entre a arguida Eurest e o arguido Manuel de Lancastre e as testemunhas Armando Lopes Carraca, Manuel Mendes dos Reis e Maria Carolina Nogueira; ---

b) “Obtenção, junto do Centro Hospitalar do Alto Minho, de informação relativa à renovação do contrato celebrado com a Eurest, na sequência da adjudicação no âmbito do concurso 10/02; ---

c) “Obtenção, junto do Hospital Geral de Santo António, de informação relativa ao preço oferecido pela arguida Lisrestal/Sodexo no concurso 124/2000 e renovações do contrato celebrado com a arguida Itau, na sequência da adjudicação no concurso. 124/2000; ---

d) “Obtenção, junto do Hospital dos Capuchos, de informação relativa à anulação dos concursos 3-12-001/02 e 1-0-5004/05, dos preços oferecidos pelas várias concorrentes no concurso 3-12-001/02 e no concurso 1-0-5004/05; ---

e) “Obtenção, junto do Hospital de D. Estefânia, de informação relativa à anulação dos concursos 6057/99, 6599/2000, 3-6.417/2002 e 1-6.0313/2003, dos preços oferecidos pelas várias concorrentes no concurso 3-6.417/2002 e no concurso 6.312/2004; ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I I, N.º 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef. 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.Nº 262/10.STYLSB

f) “Obtenção, junto do Hospital de São José, de informação relativa aos preços oferecidos pelas várias concorrentes nos concursos 1-C.0002/99, 1-0-0007/01, 1-0-5004/2005, dos motivos que levaram à adjudicação do concurso 1-0-0007/01 à Eurest, quando a intenção de adjudicação recaía sobre a arguida Ica e ainda indicação dos motivos de anulação do concurso 1-0-5004/2005. ---

2 - Na resposta à NI apresentada pela Trivalor a 19 de Fevereiro de 2009, junta aos autos a fls. 50111 e cujo teor aqui se dá por reproduzido, a arguida requereu à AdC a realização das seguintes diligências de prova: ---

a) “Obtenção, junto do Hospital de Santo André – Leiria, de informação relativa à adjudicação do concurso n.º 0001A05 à Uniself, quando o melhor preço apresentado terá sido o da Itau; ---

b) “Obtenção, junto do Hospital Amato Lusitano, de informação no sentido de confirmar a sua transformação, em 2003, em Entidade Pública Empresarial e à limitação da consulta de fornecimento de refeições às arguidas Uniself e Eurest; ---

c) “Obtenção, junto do Hospital D.ª Estefânia, de informações diversas relativas aos concursos n.º 3-4.001/95, para o ano de 1995; n.º 3-4.021/96, para o ano de 1996; n.º 3-4.014/97, para o ano de 1997; e n.º 1-6.091/98, para o ano de 1998, incluindo informações sobre factores de decisão, empresas que se apresentaram aos concursos e empresas que ganharam os concursos; ---

d) “Obtenção, junto do Hospital de São José, de informações diversas relativas aos concursos 3-3-2192/94 para o ano de 1995, 3-3-2916/95 para s anos de 1995 e 1006, 3-3-3873/97 para o ano de 1998 e 3-4.3480/98 ou 3-3480/98 para o ano de 1999, incluindo informações sobre empresas que se apresentaram aos concursos e empresas que ganharam os concursos, qual o preço comparativo oferecido pelas empresas ganhadoras e quais os critérios de adjudicação; ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João II, N.º 1.08 01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.º 262/10.5TYLSB

e) “Obtenção, junto da Direcção Regional de Educação do Norte, de informações diversas relativas aos concursos n.º 5/DASDE/1995, n.º 1/DASDE/1996, n.º 1/ASE/2004, n.º 1/ASE/2006 e n.º 1/2007; ---

f) “Obtenção, junto da Direcção Regional de Educação do Centro, de informações relativas aos preços de adjudicação no período compreendido entre 1996 e 2000.” ---

3 - Na NI a AdC analisou vários concursos realizados em instituições hospitalares e direcções regionais escolares e concluiu pela verificação de efeitos decorrentes da restrição horizontal do tipo cartel para repartição de clientes (arts. 568º a 456º). ---

4 - Na decisão final a AdC aprecia os requerimentos formulados pela Trivalor nos artigos 62º e seguintes e fundamenta a recusa na realização das diligências de prova com a seguinte argumentação: ---

- “A arguida Trivalor, como se referiu já, exerceu cabalmente o seu direito ao contraditório: notificada da Nota de Ilícitude a 15 de Setembro de 2008, apresentou a sua pronúncia escrita a 21 de Novembro de 2008, tendo ainda exercido a faculdade concedida pela AdC de completar tal defesa escrita pelo requerimento de 19 de Fevereiro de 2009, juntando como prova 269 documentos, bem como dois pareceres” (art. 69º). ---

- “Além do mais, não resulta dos autos qualquer inibição de esta arguida, por sua própria iniciativa e em qualquer momento do inquérito ou da instrução, juntar aos autos outros elementos que entendesse relevantes ou mesmo realizar, ela própria, as diligências que considerasse pertinentes para a sua defesa” (art. 70º). ---

- “Nestes termos, verifica-se que a arguida Trivalor não fundamentou devidamente em termos de relevância para o apuramento dos factos e esclarecimento da verdade, a necessidade da produção de tais diligências complementares de prova, pelo que as mesmas deveriam, desde logo, considerar-se indeferidas, uma vez que a sua produção, sem qualquer contributo materialmente relevante para a matéria em discussão nos autos, não deixaria de ser meramente



Tribunal do Comércio de Lisboa

2.º Juízo

Av. D. João II, N.º 1.08.01 C, 2.º Piso – 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.Nº 262/10.5TYLSB

difatória relativamente a uma qualquer decisão final da AdC, nos termos e para os efeitos do n.º 1 do artigo 28.º da Lei n.º 18/2003” (art. 75º). ---

- “Quanto ao requerido relativamente aos processos disciplinares alegadamente promovidos pela arguida Eurest contra os declarantes que testemunharam nos autos, cumpre referir que os motivos pelos quais os vínculos laborais entre a co-arguida indicada e as testemunhas referidas cessaram (matéria que não pode ser sujeita à apreciação da AdC e cuja qualificação jurídica é irrelevante para a matéria dos autos e para a sua apreciação jus-concorrencial), não relevam para o apuramento dos factos que conduziram à notificação dos arguidos ou para a apreciação da prova dos mesmos, não se apurando em que medida tais vínculos e respectivas cessações teriam efeitos sobre os depoimentos constantes dos autos ou a credibilidade dos mesmos, já que motivo algum constituiriam para imputar a prática de infracções contra-ordenacionais a empresas que não a sua antiga entidade empregadora (art. 77º). ---

- “Já no que respeita aos meios de prova requeridos relativamente aos diversos procedimentos concursais identificados pela arguida Trivalor, verifica-se que os mesmos em nada contribuem para a descoberta da verdade material, uma vez que a identificação dos indícios de concertação em procedimentos de contratação pública, indicados na Nota de Ilícitude, apenas relevam para a avaliação dos efeitos e vantagens económicas eventualmente obtidas pela infracção imputada e, como tal, para a determinação da medida concreta da coima, e não para o preenchimento do tipo contra-ordenacional imputado, sendo certo que tal avaliação quantitativa não é sequer necessária nos processos contra-ordenacionais por infracção aos artigos 4.º, 6.º e/ou 7.º da Lei n.º 18/2003, conforme jurisprudência constante, comunitária e nacional” (art. 81º). ---

- “Ainda que assim não fosse, não se discerne em que medida tal requerimento (que, nos seus termos, pretende apenas que tais instituições *informem ou confirmem* determinadas ocorrências em procedimentos concretos de contratação) poderia, de alguma forma, melhor contribuir para a análise e conhecimento dos factos imputados, ou para a apreciação dos meios de prova apresentados na Nota de Ilícitude ou para o apuramento dos aludidos *efeitos e*



Tribunal do Comércio de Lisboa

2.º Juízo

Av. D. João I, N.º 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.º 262/10.5TYLSB

vantagens económicas eventualmente obtidas pela infracção imputada: a verificação ou não de tais indícios em nada contribui para a imputação da prática e para a sua qualificação, bem como para o preenchimento dos demais elementos do tipo”(art. 82º). ---

- “Ao que acresce o facto de tais informações poderem ser obtidas pela própria arguida ou constituírem informações relativas a procedimentos em que a própria terá participado ou poderia ter participado, pelo que esta, se os considerasse efectivamente necessários ou relevantes para o exercício dos seus direitos de defesa, poderia obtê-los junto das entidades identificadas, juntando-os aos autos em suporte das suas alegações. Não se tratando de meios de prova com relevo para a condenação ou absolvição (ou outro elemento relevante para apuramento de responsabilidade ou determinação da sanção aplicável), não se vislumbra qualquer prejuízo para a defesa da arguida, que sempre os poderia ter solicitado às entidades referidas – neste sentido, o Despacho de 8 de Abril de 2008, do Tribunal de Comércio de Lisboa, 1.º Juízo, no Processo n.º 350/08.8TYLSB” (art. 83º). ---

- “Assim sendo, resultando as diligências de prova requeridas impertinentes e irrelevantes para a decisão do processo, a AdC decidiu não proceder à sua realização” (art. 84º). ---

5 – No capítulo da decisão referente às diligências probatórias encetadas pela AdC na instrução do processo refere-se, entre outras (art. 445º): ---

“Solicitaram-se esclarecimentos e elementos a outras entidades, em particular hospitais e direcções de educação, seleccionados pela sua abrangência territorial e populacional, os quais constituem uma amostra suficientemente robusta da procura-tipo no mercado relevante, cft. fls. 21451, 21454, 21457, 21460, 21638, 21640, 21642, 21644, 21646, 21648, 21650, 21652, 21654, 21656, 21658, 21660, 21662 e 21664”. ---

6 – As entidades a que a AdC se refere no facto que antecede são: DRE Norte, DRE Centro, DRE Algarve, DRE Alentejo, Hospital S. Marcos, Hospital de S. João, Hospital de Santo António, Hospitais da Universidade de Coimbra, CH Coimbra, Hospital de Santa Maria, Hospital S. José, CH Lisboa-Central, Hospital Dr.



Tribunal do Comércio de Lisboa

2.º Juízo

Av. D. João I, Nº 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

ANTÓNIO Serrano, Hospital Central de Faro, Hospital Infante D. Pedro Aveiro, Hospital Distrital de Leiria, CH Alto Minho, Hospital Distrital de Castelo Branco, ARESP. ---

7 – E as informações solicitadas são as que constam da cópia junta a fls. 21460 que aqui se dá por reproduzida. ---

8 - No capítulo da decisão intitulado “Do objecto ou efeito do acordo” a AdC conclui que “Os efeitos restritivos da concorrência no mercado podem não se ter verificado ou, como sucede no caso concreto, tendo-se verificado, não têm de ser demonstrados para que o tipo se encontre preenchido” (art. 972º). ---

9 – No capítulo da determinação da medida da coima e depois de enunciar os critérios estabelecidos no art. 44º da LdC (art. 1022º), a AdC refere: ---

- art. 1037º: “Não obstante, não se ignora a utilidade da quantificação, mesmo que feita por estimativa, da ordem de grandeza dos efeitos prejudiciais à economia decorrentes da infracção. bem como das vantagens que, com base em regras de experiência e assentes em modelos de análise económica, se estima terem sido auferidas pelas arguidas por causa da infracção”; ---

- art. 1038º: “Nesse sentido, a AdC procurou, com base nos elementos recolhidos junto de um conjunto de 17 hospitais e 4 direcções regionais de educação, determinar, por um lado, se em tais sectores existiram, ao longo do período que abrange ambas as infracções (entre 1998 e 2007), elementos que, à luz da prova já realizada nos autos, permitissem concluir, com razoabilidade, pela verificação concreta de efeitos restritivos da concorrência. Ou seja, tendo provado a existência de um acordo horizontal, de tipo cartel, a AdC procurou ainda elementos, de carácter económico, que pudessem ser, em termos de experiência sedimentada, reflexo das práticas ilícitas já demonstradas”; ---

- art. 1039º: “Para esse efeito, junta-se como anexo à presente decisão (Anexo I) — e dela fazendo parte integrante — a análise económico-financeira dos elementos solicitados no



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I I, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telefº 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

presente processo para suportar a quantificação por estimativa das vantagens auferidas pelas arguidas participantes no acordo horizontal”; ---

- art. 1042º: “Nem os elementos fornecidos pelos hospitais e direcções regionais de educação constituem prova da infracção, nem os mesmos foram utilizados na prova dos factos, mas apenas para estimar, através da sua demonstração quantitativa, a ordem de grandeza das vantagens obtidas pelas arguidas, no preenchimento de um dos critérios de determinação da coima a aplicar em concreto”; ---

- art. 1046º: “É pois este o propósito — e limites — da análise económica realizada pela AdC nos presentes autos: a detecção e quantificação da estimativa dos resultados económico-financeiros da “cartelização”; ---

- art. 1052º: “Desde logo, recorda-se que a análise económica desenvolvida no âmbito do presente processo não visa demonstrar uma infracção por efeito, procurando antes, tendo como pressuposto a existência — já provada — de um cartel, determinar a existência de indícios de carácter económico que possam, com elevado grau de razoabilidade, ser o reflexo das práticas ilícitas já verificadas”; ---

- art. 1060º: “Uma vez mais, salienta-se que a análise económica desenvolvida na Nota de Ilícitude para o presente processo não visa demonstrar, nem servir de suporte à demonstração, de qualquer uma das infracções provadas e imputadas às arguidas, mas apenas e tão-somente apresentar uma estimativa quantitativa, assente numa análise contrafactual hipotética, tendo por base uma amostra representativa de dois segmentos do mercado relevante, dos danos causados pela prática e das vantagens auferidas pelas arguidas”; ---

- arts. 1064º e 1065º: quadros elaborados pela AdC a partir das informações solicitadas aos hospitais e direcções regionais de educação. ---

- art. 1066º: “Na sequência da análise efectuada e conforme explicitado nos pontos anteriores (cfr. § 1034 e segs.), verifica-se que, no que concerne às empresas Gertal (Grupo Trivalor), Itau (Grupo Trivalor), Eurest e Uniself, detectam-se, pela estabilidade da clientela verificada no período de referência, efeitos da existência de uma restrição horizontal de tipo



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.º 262/10.5TYLSB

cartel para repartição de clientela, num período considerado relevante para o processo colusivo envolvendo as arguidas (considerando o período temporal desde 1997 até 2005)”; ---

- art. 1067º: “No caso das empresas Sodexo, Ica e Nordigal (Grupo Ica/Nordigal), os indícios económicos, a nível de efeitos no mercado, da sua participação numa restrição horizontal de tipo cartel para repartição de clientela não são suficientemente consistentes. Recorde-se, neste tocante, que a Sodexo é a empresa com menor quota de mercado de todas participantes, tendo aderido ao acordo somente em 2003. Quanto à Ica/Nordigal, como já referido, não resulta dos autos prova suficiente para prosseguir com a imputação desta infracção à empresa”; ---

- art. 1079º: “Assim, no que respeita às empresas em que se detecta indícios económico-financeiros dos efeitos da participação no acordo identificado nos autos (as arguidas Trivalor, Eurest e Uniself), são estimados os seguintes ganhos: Quanto ao Grupo Trivalor (Gertal e Itau), a AdC quantificou um montante de ganhos económicos ilícitos para as empresas de € 15.967.276,00. Quanto à Eurest, a AdC quantificou um montante de ganhos económicos ilícitos para a arguida de € 136.033.481,00. No que respeita à Uniself, a estimativa aponta para um montante de ganhos económicos ilícitos para a arguida de € 20.629.420,00”; --

10 – Faz parte integrante da decisão da AdC um anexo que consiste num estudo elaborado pela própria AdC que tem como título: “Investigação de indícios económicos de restrição horizontal de tipo cartel para repartição de clientela e quantificação da estimativa de vantagens”, junto a fls. 52194 e segs. e que aqui se dá por inteiramente reproduzido. ---

11 – No referido estudo a AdC conclui (folha 35): ---

-“Na sequência da análise efectuada e conforme explicitado nos pontos anteriores, em síntese há a concluir que, no que concerne às empresas: (i) Gertal (Grupo Trivalor), (ii) Itau (Grupo Trivalor), (iii) Eurest, e (iv) Uniself, detectam-se efeitos da existência de uma



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João II, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef.º 218360980 Fax: 211545180 Mail: lisboa_tcom@tribunais.org.pt

Proc.º 262/10.5TYLSB

restrição horizontal de tipo cartel para repartição de clientela (desde 1997 até 2004), corroborando a consistente prova jurídica nos autos do processo.

No caso das empresas: (i) Lisrestal/Sodexho (ii) Ica e Nordigal (Grupo Ica/Nordigal), os indícios económicos a nível de efeitos no mercado da sua participação numa restrição horizontal de tipo cartel para repartição de clientela não são suficientemente consistentes, para que *per se* possam provar a participação no cartel, o que não coloca em crise nenhuma das demais provas directas constantes dos autos quanto à participação destas arguidas no cartel identificado.

Verificados, claramente, na amostra seleccionada pela AdC, efeitos económicos decorrentes da prática restritiva das empresas arguidas, haverá que procurar estimar, ainda, os eventuais ganhos que estas empresas possam ter obtido pela sua participação em tal cartel.”. —

*

A questão em apreciação prende-se com a recusa da AdC em realizar as diligências de prova requeridas pela Trivalor que entende que tal recusa violou o seu direito de audiência e defesa. ---

A AdC, depois de referir que a arguida exerceu cabalmente o seu direito ao contraditório e que podia ela própria ter junto os elementos que entendesse relevantes, indefere o requerido por não ter a arguida fundamentado o seu requerimento e por considerar as diligências em causa dilatórias e irrelevantes para o apuramento da verdade material, relevando apenas para a determinação da medida concreta da coima.

Nos termos do disposto no art. 26º, nº 1, da LdC: *Na notificação a que se refere a alínea b) do nº 1 do artigo precedente, a Autoridade fixa às arguidas um prazo razoável para que se pronunciem por escrito sobre as acusações formuladas e as demais questões que possam interessar à decisão do processo, bem como sobre as provas produzidas, e para que requeiram as diligências complementares de prova que considerem convenientes.* ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2.º Juízo

Av. D. João I, N.º 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.º 262/10.STYL.SB

Acrescenta o nº 3 do mesmo preceito que *A Autoridade pode recusar a realização de diligências complementares de prova sempre que for manifesta a irrelevância das provas requeridas ou o seu intuito meramente dilatório. ---*

Directamente ligado com estes normativos está o art. 124º do Cod. Proc. Penal, aplicável subsidiariamente, nos termos do qual *Constituem objecto de prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis.*

Das citadas disposições resulta claro que aos arguidos é lícito requerer à AdC a realização de diligências complementares de prova e que à AdC só é permitido recusar a sua realização quando as mesmas forem impertinentes/irrelevantes ou tenham um intuito meramente dilatório. ---

Que tipo de diligências complementares de prova podem ser requeridas e para prova de que factos nada é referido no artigo em apreciação. No entender da AdC só será lícito o requerimento que pretende fazer prova ou contra-prova da prática da infracção. Se respeitar a qualquer outra questão, designadamente se revelar “apenas” para efeitos de determinação da medida da coima a diligência não deve ser deferida por ser impertinente e dilatória. ---

Não assiste razão à AdC na apreciação que faz do art. 26º, nºs 1 e 3. Desde logo, da simples interpretação literal dos dois números resulta conclusão diversa. Com efeito, o nº 1 refere expressamente que ao arguido deve ser dada a possibilidade de se pronunciar *sobre as acusações formuladas e as demais questões que possam interessar à decisão do processo.* Significa isto que a pronúncia a que o arguido tem direito incide sobre todos os aspectos relevantes para a decisão, que vão desde a factualidade imputada, e que integram o elemento objectivo e subjectivo do tipo, às provas já produzidas pela AdC e aos elementos relevantes para determinação da medida da



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I L. Nº 1.08.0t C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa_tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.STYLSB

coima. Com efeito, quando o legislador se refere às *demais questões que possam interessar à decisão do processo* está-se a referir a todos os aspectos relevantes para a decisão, sendo que nestes se incluem todos os dados pertinentes para a coima concreta a aplicar. A não se entender assim a referência a *demais questões que possam interessar à decisão do processo* ficaria esvaziada de conteúdo dado que os elementos relevantes para a imputação da infracção já estão abrangidos pelo primeiro segmento do preceito: *as acusações formuladas*. ---

Consequentemente, e porque inserido no mesmo preceito, o direito de requererem as *diligências complementares de prova que considerem convenientes*, consiste no direito de requer a realização de diligências probatórias destinadas a fazer a prova ou contra-prova de qualquer dos elementos sobre os quais lhe é dado o direito de pronúncia, ou seja, sobre os factos de que é acusado (elementos objectivo e subjectivo do tipo) e sobre os elementos que a autoridade administrativa entende relevantes para determinação da medida da coima. —

Por sua vez à AdC não assiste o poder discricionário de apreciação e recusa das diligências probatórias requeridas. Com efeito, a recusa de realização das diligências complementares de prova só pode ter lugar quando *for manifesta a irrelevância das provas requeridas ou o seu intuito meramente dilatório*. Se é certo que é a AdC quem tem que ajuizar sobre a realização ou não das diligências requeridas, não é menos certo que tal apreciação está vinculada na medida em que a recusa só pode ter lugar se as diligências requeridas forem irrelevantes ou dilatórias. ---

Por expediente dilatório “deve entender-se o desonestamente usado pela parte, sem intuito sério ou construtivo, sem cabimento processual, que visa apenas torpedear e retardar o prosseguimento da acção, entorpecer a sua normal tramitação e a realização da justiça.” (Ac. RP de 25 de Outubro de 2007, proc. 0733634, consultado *in* www.dgsi.pt). ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João II, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisbon
Telef: 21 8360080 Fax: 21 1545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 262/10.5TYLSB

Por sua vez, provas irrelevantes são aquelas que não se afigurem pertinentes para prova ou contra-prova de todos os factos em causa, respeitem eles à infracção, à punibilidade, à sanção ou à determinação da medida da coima. Neste sentido se pronunciou o Ac. RP de 11 de Março de 2009: “A determinação das diligências a realizar não prescinde da consideração da relevância dos factos que com elas se pretendem apurar, da relevância desses mesmos factos para a demonstração da existência ou inexistência da infracção, punibilidade dos respectivos agentes e determinação das sanções aplicáveis, por força do disposto no art. 124º do CPP, subsidiariamente aplicável ao caso.” (Proc. 0843225, consultado in www.dgsi.pt). ---

Feito este enquadramento passemos ao caso *sub iudice*. ---

O primeiro argumento invocado pela AdC para justificar a recusa na realização das diligências probatórias prende-se com a falta de fundamentação do requerimento apresentado pela Gertal. Entende a AdC que a arguida “não fundamentou devidamente em termos de relevância para o apuramento dos factos e esclarecimento da verdade, a necessidade da produção de tais diligências complementares de prova, pelo que as mesmas deveriam, desde logo, considerar-se indeferidas, uma vez que a sua produção, sem qualquer contributo materialmente relevante para a matéria em discussão nos autos, não deixaria de ser meramente dilatória relativamente a uma qualquer decisão final da AdC, nos termos e para os efeitos do n.º 1 do artigo 28.º da Lei n.º 18/2003.” (art. 74º da decisão). ---

Invocar falta de fundamentação do requerimento de produção de prova é algo que não pode, no caso concreto, ser chamado à colação. Efectivamente a arguida termina ambas as respostas à NI com um requerimento de produção de prova no qual se limita a enunciar as provas requeridas. Mas a explicação e justificação do requerimento apresentado está devida, fundada e extensamente exposta ao longo do



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.º 262/10.5TYLSB

alegado a propósito de cada uma das entidades e cada um dos concursos a que os meios de prova respeitam. ---

Analisemos os requerimentos da arguida. ----

Resposta de 21 de Novembro de 2008:

- Nos arts. 140º a 153º a Gertal pronuncia-se sobre o valor probatório das declarações do co-arguido que beneficiou do estatuto da clemência e de várias testemunhas todas ligadas à Eurest, alega que os mesmos foram entretanto despedidos na sequência de processo disciplinar instaurado pela Eurest e que, para aferir da credibilidade dos seus depoimentos, importa apurar a razão pelas quais foram afastados da empresa co-arguida. Conclui requerendo a notificação da Eurest para juntar aos autos os respectivos processos disciplinares. ---

- Nos arts. 554º a 565º a Gertal analisa as conclusões da AdC quanto aos concursos do Centro Hospitalar do Alto Minho, alega que a conclusão da AdC de que a repartição da clientela foi feita em função dos preços está errada e requer a notificação do Centro Hospital para informar sobre a renovação do contrato, no ano de 2002, com a Eurest, já que por força dessa renovação, da iniciativa do Hospital, não houve concurso nos dois anos seguintes. ---

- Nos arts. 566º a 567º a Gertal analisa as conclusões da AdC quanto aos concursos do Hospital de Santo António, alega que a análise da AdC relativa ao concurso 124/2000 está errada, que os preços indicados pela AdC como tendo sido apresentados pela Gertal e pela Eurest estão errados e que a manutenção da ITAU entre 2003 e 2005 decorreu de decisão do Hospital de renovar o contrato celebrado em 2002 com aquela empresa. Requer a notificação do Hospital para indicar os preços oferecidos no concurso em causa e para informar sobre a renovação do contrato com a Eurest. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2.º Juízo

Av. D. João I, N.º 1.08.01 C, 3.º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.º 262/10.5TYLSB

- Nos arts. 607.º a 624.º a Gertal analisa as conclusões da AdC quanto aos concursos do Hospital dos Capuchos, alega que os elementos apresentados pela AdC estão errados quer quanto à entidade que prestou os serviços, quer quanto aos preços apresentados pelas várias empresas, quer quanto ao critério predominante de selecção, acrescentando que houve concursos anulados e que foi por esse facto que se manteve a prestar serviços a empresa que os prestava no ano anterior. Requer em consequência que se oficie ao Hospital para prestar informações sobre a anulação dos concursos, e sobre os preços oferecidos pelos vários concorrentes. ---

- Nos arts. 625.º a 647.º a Gertal analisa as conclusões da AdC quanto aos concursos do Hospital D. Estefânia, alega que as mesmas estão erradas por vários dos concursos terem sido anulados e por os preços referidos pela AdC não estarem correctos e requer a notificação do Hospital para prestar informações sobre esses elementos. ---

- Nos arts. 648.º a 665.º a Gertal analisa as conclusões da AdC quanto aos concursos do Hospital de S. José e alega que as mesmas estão erradas por não ter sido sempre a ICA a concessionária, por não ter sempre ganho a empresa que apresentou melhor preço, por ter havido uma situação em que, por razões que desconhece, não foi feita a adjudicação à empresa vencedora e por ter havido situações de concursos anulados. Conclui pedindo a notificação do Hospital para prestar informações relativas aos preços oferecidos pelos vários concorrentes, à anulação de um concurso e à adjudicação de um concurso a entidade diversa da vencedora. ---

Resposta de 19 de Fevereiro de 2009

- Nos arts. 117.º a 124.º a Gertal analisa as conclusões da AdC quanto aos concursos do Hospital de Sto André, em Leiria, e alega que a AdC deveria ter concluído que a situação dos concursos do referido hospital contraria a conclusão de que houve um acordo de preços. Refere ainda que num dos concursos a adjudicação



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João II, N.º 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.º 262/10.5TYLSB

não foi para a empresa que apresentou melhor preço, referindo que tal pode ser confirmado pelo Hospital conforme requer em requerimento de prova. ---

- Nos arts. 125º a 132º a Gertal analisa as conclusões da AdC quanto aos concursos do Hospital Amato Lusitano invoca que a AdC se limitou a analisar um concurso, que não constatou que em 2003 o Hospital passou a ter o estatuto de EPE e limitou a consulta a duas empresas, referindo que tal pode ser confirmado pelo Hospital conforme requer em requerimento de prova. ---

- Nos arts. 141º a 152º a Gertal analisa as conclusões da AdC quanto aos concursos do Hospital D. Estefânia, alega que não foi feita uma análise cuidada de vários desses concursos, não tendo a AdC considerado que nem sempre o preço era o factor decisivo da adjudicação e que nem sempre a adjudicação recaiu sobre a empresa que apresentou melhor preço, referindo que tal pode ser confirmado pelo Hospital conforme requer em requerimento de prova. ---

- Nos arts. 153º a 163º a Gertal analisa as conclusões da AdC quanto aos concursos do Hospital de S. José, alega que não foi feita uma análise cuidada de vários desses concursos, não tendo a AdC considerado que nem sempre o preço era o factor decisivo da adjudicação, que nem sempre a adjudicação recaiu sobre a empresa que apresentou melhor preço e que houve um concurso anulado, referindo que tal pode ser confirmado pelo Hospital conforme requer em requerimento de prova. ---

- Nos arts. 231º a 245º a Gertal analisa as conclusões da AdC quanto aos concursos da DREN, alega que a análise da AdC omite factos relevantes já que não refere quais os critérios da adjudicação, que a empresa vencedora nem sempre foi a que ofereceu melhor preço, que não indica todos os concorrentes, que houve reclamações das adjudicações efectuadas, que não indica os critérios de adjudicação, referindo que tal pode ser confirmado pelo Hospital conforme requer em requerimento de prova. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I, Nº 1,08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telefº 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa_tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

- Nos arts. 246º a 262º a Gertal analisa as conclusões da AdC quanto aos concursos da DREC, alega que a AdC não levou em consideração o facto de entre 1996 e 2000 o preço vencedor ter sido sempre inferior ao preço base constante do caderno de encargos, referindo que tal pode ser confirmado pelo Hospital conforme requer em requerimento de prova. ---

Perante esta factualidade é manifesto que o requerimento da Trivalor é tudo menos infundamentado. Com efeito, à medida que analisou as conclusões da AdC relativas aos vários concursos a arguida fez os reparos que entendeu necessários, contraditou o que considerou dever contraditar e referiu quais as diligências de prova que entendia necessárias para demonstrar a “falta de razão” da argumentação da AdC e os erros de que enferma a sua análise. A final limitou-se a enunciar as diligências probatórias requeridas. ---

No entender do Tribunal a actuação da arguida está correcta: fundamentou a necessidade e pertinência das diligências à medida que se referiu, na sua defesa, aos factos e conclusões constantes da NI. A final elencou as diligências requeridas. ---

Não assiste, pois, razão à AdC quando alega que a Trivalor não justificou a pertinência e relevância das diligências complementares de prova que requereu. ---

O segundo argumento da AdC é o de não existir qualquer inibição de a “arguida, por sua própria iniciativa e em qualquer momento do inquérito ou da instrução, juntar aos autos outros elementos que entendesse relevantes ou mesmo realizar, ela própria, as diligências que considerasse pertinentes para a sua defesa.”. ---

Este argumento não é aceitável quando está em causa um processo de natureza contra-ordenacional a que se aplicam, subsidiariamente, as regras penais e processuais penais. ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João II, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa_tcom@tribunais.org.pt

Proc.Nº 262/10.5TYLSB

O direito de defesa conferido nestes processos engloba indiscutivelmente o “direito à prova”, ou seja, o direito a participar no processo de produção de prova seja juntando-a ao processo, seja requerendo a sua realização seja participando na sua produção. Nas palavras de Mário Gomes Dias “Não pode deixar de se entender que no processo de contra-ordenações devem ser dadas ao arguido possibilidades de contestar as provas contra ele recolhidas, de formular a sua defesa, de sugerir diligências probatórias, de arrolar testemunhas, etc.” (in *Contra-ordenações, Notas e Comentários*, escola Superior de Polícia, p. 138). ---

Sendo o processo contra-ordenacional um processo de cariz sancionatório em que, por natureza, se visa apurar a verdade material, vigora o regime do inquisitório que faz recair sobre as autoridades administrativas a obrigação de realizar todas as diligências de prova que se afigurem relevantes para a correcta averiguação dos factos, sejam elas incriminatórias ou não, sejam elas requeridas pelos participantes processuais ou não. Não há, neste campo, a regra civilista do ónus da prova segundo a qual quem alega um facto tem o ónus de o demonstrar (art. 342º do Cod. Civil). Nem tão pouco a arguida tem a obrigação de justificar perante a AdC a razão pela qual deve ser esta entidade a realizar as diligências requeridas ou de demonstrar que ela própria não as pode realizar. ---

Por assim ser, o legislador, ao conceder ao arguido o direito de requerer diligências complementares de prova, não lhe introduz qualquer limitação, isto é, não exclui do leque de diligências que podem ser requeridas aquelas que o arguido possa por si obter. Logo, não permitindo a lei tal distinção, não é lícito à entidade administrativa indeferir qualquer requerimento de prova com esse fundamento. ---

Assim, pudesse ou não a arguida diligenciar ela própria pela obtenção das informações aqui em causa, cabia à AdC realizar as mesmas a não ser que as



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João II, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa_tcoim@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

considerasse injustificadas, impertinentes ou dilatórias (questão diversa que se apreciará de seguida). ---

Em suma, o facto de a arguida requerer à AdC a realização de diligências complementares de prova sem que resulte dos autos que ela própria estava impedida de as realizar, não legitima a recusa da AdC em proceder às mesmas. ---

Não assiste, pois, razão à AdC quando invoca como fundamento de recusa o facto de não estar demonstrado nos autos que a arguida não pudesse por si obter a prova pretendida. ---

O terceiro argumento avançado pela AdC prende-se com o carácter dilatório das diligências requeridas. ---

Conforme se referiu *supra*, os requerimentos probatórios deverão ser considerados dilatórios quando tenham por objectivo entorpecer o normal andamento do processo, retardando-o injustificadamente. ---

A AdC invoca o carácter dilatório mas não explica porque entende que as diligências são requeridas com esse propósito. Limita-se a concluir que o são. Ora, salvo o devido respeito, tal conclusão deveria estar minimamente justificada e alicerçada em factos concretos, pois, de outro modo, não pode o tribunal ajuizar da bondade da conclusão da AdC sobre a matéria. ---

O certo é que da análise dos autos e tendo em conta a justificação apresentada pela arguida, não se afigura ao Tribunal que estejam em causa diligências dilatórias, i.e., diligências inúteis e irrelevantes que tenham por único objectivo atrasar o normal andamento do processo. Acresce que as diligências foram requeridas em 21 de Novembro de 2008 e 19 de Fevereiro de 2009 sendo certo que a decisão final veio a ser proferida em 24 de Dezembro de 2009. Afigura-se-nos, pois, que neste intervalo de



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João II, Nº 1.03.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

tempo sempre as diligências requeridas se poderiam ter realizado sem que o processo sofresse qualquer demora acrescida. ---

Por conseguinte, improcede a alegada natureza dilatória das diligências requeridas. ----

Resta então analisar o quarto e último argumento justificativo da recusa: irrelevância da prova requerida para apuramento de responsabilidade ou determinação da sanção aplicável. ---

Importa aqui distinguir dentro das diligências requeridas o grupo das diligências referentes aos Hospitais e Direcções Regionais de Educação da referente ao processo disciplinar do co-arguido e testemunhas. ---

No que a esta última respeita pretendia a arguida que fossem juntos os processos disciplinares que culminaram com o despedimento das pessoas em causa alegando ser o requerido importante para aferir da credibilidade dos depoimentos prestados. ---

Neste caso a AdC entendeu, e bem, que a diligência era impertinente. Com efeito, está aqui em causa tão só aferir da credibilidade de determinada prova considerada pela AdC. Ora para além de a AdC não ter sustentado a acusação apenas na prova aqui em causa, tendo considerado diversos outros elementos que, conjugados entre si, a levaram a concluir pela prática da infracção. O objectivo das diligências complementares de prova é contraditar as provas já produzidas ou produzir nova prova. No caso, o pretendido pela arguida não se insere em nenhuma destas hipóteses. A AdC deu determinada relevância aos depoimentos, pretendendo a arguida que não deveria ter sido dada essa relevância. Este desacordo sobre a valoração da prova não lhe confere a possibilidade de impor à AdC a realização de diligências probatórias.



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João II, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545160 Mail: lisboa.tcomy@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

Trata-se de um meio de prova que o tribunal valorará em sede de decisão final de acordo com a credibilidade que o mesmo lhe merecer e em consonância com a restante prova já produzida e a que o vier a ser. ---

Está, pois, em causa, a força probatória de um elemento de prova, elemento esse que a arguida tem, em sede de julgamento, oportunidade de questionar e contraditar, não estando, por conseguinte, preterido qualquer direito de defesa da arguida. ---

Assim, considera o Tribunal que a AdC não tinha que realizar a diligência requerida por a mesma não ser relevante. ---

Passemos então às outras diligências requeridas. ---

Alega a AdC que as arguidas foram condenadas por terem tomado uma decisão e celebrado um acordo que tinha por objecto impedir, falsear ou restringir a concorrência. Nessa medida os efeitos e vantagens económicas eventualmente obtidas não relevam para a imputação da prática e para a sua qualificação nem para o preenchimento dos demais elementos do tipo mas apenas para a determinação da medida concreta da coima. Logo, são irrelevantes para o apuramento dos factos. ---

Às arguidas vem imputada a prática de uma contra-ordenação prevista no art. 4º, nº 1, da LdC que dispõe que *São proibidos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional.*

Conforme refere a AdC a infracção considera-se cometida desde que o acordo, a decisão ou a prática tenha por objecto *ou* por efeito restringir a concorrência de forma sensível. A introdução da disjuntiva “ou” é perfeitamente clara e unívoca: não é necessário que o acordo/decisão/prática tenha por efeito restringir a concorrência, basta que tenha por objecto essa restrição. Assim, são considerados violadores da



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João II, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

concorrência quaisquer acordos, decisões ou práticas que, por elas mesmas ou pelos seus efeitos, sejam limitativas da liberdade dos agentes económicos. ---

Significa isto que não está em causa uma infracção de dano mas sim de perigo: basta que o bem jurídico seja posto em perigo, ou seja, basta a possibilidade de lesão para que a infracção se considere cometida. ---

No caso, as arguidas foram condenadas por a AdC ter concluído pela existência de uma prática que teve como objecto impedir, falsear ou restringir de modo sensível a concorrência. Por conseguinte, é certo que, para efeitos de prova da infracção ou da punibilidade as diligências requeridas, ao pretenderem pôr em causa as conclusões da AdC sobre os efeitos da prática, são, como esta refere, irrelevantes. ---

Sucedem que, tal como já explanado, ao arguido assiste o direito de se pronunciar *sobre todas as questões que possam interessar à decisão do processo* bem como de requerer as diligências complementares de prova que entenda convenientes para prova de todas as questões em causa no processo. Em reforço do já exposto sobre a matéria cita-se o Conselheiro Simas Santos que, em anotação ao art. 54º do RGCO, refere: “De harmonia com o preceituado no art. 124º do C.P.P., subsidiariamente aplicável, constituem objecto de prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência da contra-ordenação, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da coima ou sanções acessórias. Assim, a determinação das diligências a realizar deverá ter presente a relevância jurídica dos factos que com elas se pretendem averiguar, relevância essa que tem de reportar-se à existência ou inexistência da infracção, à punibilidades dos agentes da mesma e à determinação das sanções. Não poderão, assim, ser objecto de averiguação factos impertinentes, como tal se considerando os que não tenham qualquer relação com a infracção que se averigua ou que, tendo-a, não relevam para os fins indicados.” (*in* Contra-Ordenações, Anotações ao Regime Geral, Vislis, 2ª ed., p. 326). ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João II, Nº 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

A determinação da medida da coima é, pois, uma questão que não só pode interessar à decisão do processo como que efectivamente interessa a tal decisão. ---

Ora a AdC, aceitando expressamente que as diligências requeridas são relevantes para a determinação da medida da coima (refere-o taxativamente no art. 81º), recusa a sua realização por irrelevantes e por em nada contribuírem para a descoberta da verdade. Daquí só uma conclusão se pode extrair: a recusa das diligências probatórias requeridas foi injustificada e, nessa medida ilegítima. ---

Durante a investigação que encetou a AdC efectuou várias diligências probatórias entre as quais se inclui a notificação a várias unidades hospitalares e a várias Direcções Regionais de Educação solicitando informações. Com base nos elementos fornecidos por essas entidades e outros a AdC incluiu na NI cerca de cem artigos (arts. 368º a 456º) ao longo dos quais analisa vários concursos e conclui pela verificação de efeitos decorrentes da existência de indícios de restrição horizontal de tipo cartel para repartição de clientela. ---

Na decisão recorrida a AdC volta a concluir pela verificação de tais efeitos e dá especial relevo no capítulo da determinação da medida da coima ao longo de cerca de cinquenta artigos (arts. 1034º a 1083º), considerando-os como elemento agravante da medida da coima como se retira em particular dos artigos da decisão citados *supra*. Em anexo à referida decisão a AdC junta um estudo que tem precisamente por epígrafe “Investigação dos Indícios económicos de restrição horizontal de tipo cartel para repartição de clientela e quantificação da estimativa de vantagens”.---

As diligências complementares de prova requeridas pela Gertal tinham essencialmente como objectivo demonstrar que as afirmações e conclusões inseridas na NI a propósito dos concursos realizados no período abrangido pela condenação, e que vieram a constar do estudo anexo à decisão final e a ser reflectidos na decisão na



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I, N.º 1.08.01 C, 2.º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. N.º 262/10.5TYLSB

determinação da medida concreta da coima, como elemento agravante, estavam total ou parcialmente erradas. ---

Ora é difícil de compreender e aceitar que a AdC tenha ela própria solicitado informações com base nas quais conclui que a prática imputada às arguidas teve efeitos na concorrência e depois se recuse a realizar diligências complementares destinadas a infirmar as conclusões que retirou dessas diligências e, em alguns casos, de acordo com o alegado no requerimento probatório, a corrigir erros factuais delas extraídos, com o fundamento de que as mesmas não são relevantes! Está aqui em causa uma aparente dualidade de critérios na realização das diligências probatórias que dificilmente se pode considerar justificada. Na apreciação da relevância das provas requeridas não há que fazer intervir qualquer juízo de valor sobre o sentido da prova a produzir. A autoridade administrativa tem o dever de procurar a verdade material e, por conseguinte não pode fazer pré-juízos sobre qual vai ser o sentido da prova requerida assim como não pode abster-se de realizar prova requerida quando esta pretende corrigir, rectificar ou completar elementos por si considerados relevantes (seja para a imputação dos factos, para a punibilidade ou para a determinação da medida da coima). ---

No caso é manifesta a relevância das diligências complementares para a determinação da medida da coima na medida em que as mesmas pretendem pôr em causa uma das circunstâncias consideradas como agravantes da medida concreta da coima, e, nessa medida e ao contrário do que alega a AdC, a sua relevância para a imputação dos factos (dar como provada a existência de efeitos é imputar à arguida factos que, embora não estejam relacionados com a existência da infracção estão directamente relacionados com os critérios de determinação da medida da coima). ---

E esta relevância é considerada pela própria AdC na decisão recorrida quando se afirma “não se ignora a utilidade da quantificação, mesmo que feita por estimativa, da



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João II, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360980 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.STYLSB

ordem de grandeza dos efeitos prejudiciais à economia decorrentes da infracção, bem como das vantagens que, com base em regras de experiência e assentes em modelos de análise económica, se estima terem sido auferidas pelas arguidas por causa da infracção” ou “a AdC procurou ainda elementos, de carácter económico, que pudessem ser, em termos de experiência sedimentada, reflexo das práticas ilícitas já demonstradas”. ---

Destas conclusões, do facto de os efeitos terem sido considerados existentes precisamente com base na informação solicitada aos hospitais e direcções regionais de educação, informação que a arguida pretende contestar, e do expressamente referido pela AdC na sua decisão, extrai-se que a AdC reconhece que as informações prestadas pelos Hospitais e Direcções Regionais de Educação têm uma importância considerável para determinar os efeitos do acordo. Logo, deverá igualmente reconhecer a pertinência das novas diligências requeridas. O que sucede é que a AdC, erradamente, considerou que só são elementos relevantes os respeitantes à imputação e, por esse motivo, recusou a realização das diligências.---

Em suma, as diligências complementares de prova requeridas pela Gertal não eram impertinentes nem irrelevantes. Logo, a sua recusa foi ilegítima. ---

Aquí chegados importa analisar qual a consequência processual resultante de terem sido indevidamente indeferidos requerimentos probatórios apresentados por uma arguida. ---

A resposta é-nos dada pelo art. 120º, nº 2, al. d), do Cod. Proc. Penal: *Constituem nulidades dependentes de arguição (...) a insuficiência do inquérito ou da instrução, por não terem sido praticados actos legalmente obrigatórios, e a omissão posterior de diligências que pudessem reputar-se essenciais para a descoberta da verdade.* ---



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I, N.º 1.08 01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.º 262/10.5TYLSB

Os efeitos da nulidade estão previstos no art. 122º do Cod. proc. Penal cujo nº 1 dispõe que *As nulidades tornam inválido o acto em que se verificarem, bem como os que dele dependerem e aquelas puderem afectar.* ---

A não realização pela AdC das diligências complementares de prova sem motivo fundado, isto é, sem que se verificasse estarem em causa diligências irrelevantes ou dilatórias, traduz-se na omissão de diligência essencial para a descoberta da verdade material (conceito que, como se viu, abarca toda a factualidade relevante para a existência ou inexistência da contra-ordenação, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da coima ou sanções acessórias), e, por conseguinte, é em si mesmo uma nulidade. Em suma, a recusa ilegítima da AdC de realizar as diligências complementares configura uma nulidade por omissão de diligência essencial para a descoberta da verdade (cfr. neste sentido Miguel Mendes pereira, *in* Lei da Concorrência Anotada, Cª Editora, 1ª ed., p. 288). ---

Verificada a nulidade e sendo a mesma dependente de arguição, cabe verificar se a sua arguição foi tempestiva, A AdC optou por não conhecer em despacho autónomo do requerimento de prova apresentado pela arguida e fê-lo na decisão final. Logo, sendo tal decisão recorrível e estando a mesma inserida na decisão final, tendo a arguida interposto recurso de impugnação da decisão final, o momento próprio para a arguida requerer a apreciação do tribunal é o do recurso de impugnação. ---

Este entendimento é o único que permite uma harmonização do sistema e dar uma resposta adequada ao próprio procedimento da Autoridade que conhece requerimentos probatórios, nulidades e o objecto do processo numa mesma decisão. Para além de não fazer qualquer sentido obrigar a arguida a interpor dois recursos paralelos de uma mesma decisão, um relativo à parte que indeferiu as diligências probatórias realizadas e outro relativo à parte que a condenou pela prática de uma infracção, não é legalmente admissível interpor dois recursos de uma mesma decisão, e



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João II, N.º 1.08.01 C, 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc.º 262/10.5TYLSB

é indiscutível que no caso estamos perante uma decisão una. Recorde-se que a propósito da oportunidade de arguição da nulidade por violação do art. 50º do RGCO, o Assento 1/2003 determina como jurisprudência obrigatória, que a mesma pode ser arguida "pelo interessado/notificado, no prazo de 10 dias após a notificação, perante a própria administração, ou, judicialmente, no acto de impugnação da subsequente decisão/acusação administrativa". Por paralelismo de situações, entende-se que qualquer outra questão que a AdC só conheça na decisão final pode ser impugnada no recurso de impugnação da decisão final. ----

É, pois, tempestiva a arguição. ---

Quanto aos efeitos da nulidade, entende o tribunal que o vício aqui em causa acarreta a nulidade da própria decisão final mas não inquina qualquer acto praticado anteriormente a esta. Com efeito, o único acto dependente a considerar é a própria decisão, decisão essa que não poderia ter sido proferida sem que as diligências em causa tivessem tido lugar. Já os actos processuais praticados anteriormente no processo, por não estarem dependentes da não realização destas diligências, nem serem por essa omissão afectados, não são prejudicados pela nulidade. Os actos posteriores à decisão final, esses sim, por dela dependerem directamente, ficam necessariamente abrangidos pela nulidade. ---

Aquí chegados, reconhecendo a existência de omissão de diligências essenciais para a descoberta da verdade, resta declarar a nulidade da instrução administrativa a partir do último acto praticado antes de proferida a decisão final e de todo o processado subsequente. ---

*

* *

* * *



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Av. D. João I, N.º 1.08.01 C. 2º Piso - 1990-097 Lisboa
Telef: 218360080 Fax: 211545180 Mail: lisboa.tcom@tribunais.org.pt

Proc. Nº 262/10.5TYLSB

Face ao exposto, julgando procedente a nulidade suscitada pelos arguidos GERTAL – COMPANHIA GERAL DE RESTAURANTES E ALIMENTAÇÃO, S.A.", "ITAU – INSTITUTO TÉCNICO DE ALIMENTAÇÃO HUMANA, S.A.", "TRIVALOR – SOCIEDADE GESTORA DE PARTICIPAÇÕES SOCIAIS, S.A.", CARLOS ALBERTO DOS SANTOS MARTINS MOURA e JOSÉ LUIS SILVESTRE CORDEIRO decorrente da omissão de diligências essenciais para a descoberta da verdade, nos termos previstos nos arts. 120º, nº 2, al. d), nº3, al. c), 122º, nº 1 e 118º, todos do Cod. Proc. Penal, ex vi arts. 22º da LdC e 41º do RGCO, declaro a nulidade de todo o processo a partir do último acto praticado antes da decisão final (consulta do processo pela arguida Eurest a 29 de Dezembro de 2009) e determino a remessa dos autos à Autoridade da Concorrência a fim de ser sanada a nulidade em conformidade com o supra exposto. ---

Sem tributação. ---

Notifique e Deposite.---

Cumpra o disposto no art. 70º, nº 4, do Dec.lei 433/82 de 27 de Out.-----

Oportunamente remeta os autos à Autoridade da Concorrência. ---

* * *

Texto elaborado em computador e Integralmente revisto pela signatária.

Lisboa, 10/12/2010